



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

---

# ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Мирољуб С. Јевтић, Идентитет неправославних становника Црне Горе и религија -----	7
Жика Бујуклић, Докторска дисертација песника Лазе Костића „De legibus serbicis Stephani Uros Dusan“ -----	22
Драгана Коларић, Саша Марковић, Поједине недоумице у примени Закона о спречавању насиља у породици --	45
Ђорђе Л. Николић, Објективна одговорност медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава – аргументи <i>pro et contra</i> -----	72
Тамаш Корхец, Катинка Беретка, Уставносудско и законско уобличавање нормативне надлежности Аутономне Покрајине Војводине -----	90
Мирјана Радовић, Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава -----	117
Ана Желчевић Диамел, Породично право у Француској – право у преображају -----	145
Ненад Тешић, Да ли је право следовања уставом заштићени имовински интерес и у односу на Републику Србију -----	159
Сандра Фишер Шобот, <i>Open-price</i> уговори о међународној продаји робе – однос чланова 14 и 55 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе -----	180

---

Зоран Чворовић, Начело законитости у праву Московске Русије XVI и XVII века -----	199
Катарина Доловић Бојић, Утицај престанка уговора на стечено право својине прибавиоца и трећег лица у српском праву -----	218
<b>СТУДЕНТСКИ РАДОВИ</b>	
Андреја Михаиловић, Право на здраву животну средину као интергенерацијски феномен -----	236
Миња Ђокић, Суспензивно дејство жалбе у пореском управном поступку Републике Србије -----	256
<b>ПРИКАЗИ</b>	
Harold Winter, <i>Issues in Law &amp; Economics</i> , The University of Chicago Press, Chicago – London 2017, 240. (Ана Одоровић) -----	275
Guido Calabresi, <i>The Future of Law and Economics</i> , Yale University Press, New Haven – London 2016, 228. (Никола Илић) -----	282
<b>ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА</b> -----	288
<b>Упутство за ауторе</b> -----	291

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Miroljub S. Jevtić, The Identity of the Non-Orthodox Population of Montenegro and Religion -----	7
Žika Bujuklić, Dissertatio Inauguralis of Serbian Poet Laza Kostić: „De legibus serbicis Stephani Uros Dusan“ ----	22
Dragana Kolarić, Saša Marković, Some Dilemmas Regarding Implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence-----	45
Đorđe L. Nikolić, Strict Liability of Medical Workers for Damages by Medical Devices – Arguments <i>pro et contra</i> -----	72
Tamaš Korhec, Katinka Beretka, Constitutional Shaping of the Regulatory Powers of the Autonomous Province of Vojvodina – Ten Years of Application of the Constitution of the Republic of Serbia -----	90
Mirjana Radović, Universal Succession in Case of Mergers and Divisions -----	117
Ana Želčević Duhamel, Family Law in France – a Law in Transformation -----	145
Nenad Tešić, Whether the Right of Pursuit is Constitutional Property Interest Protectible against the State -----	159
Sandra Fišer Šobot, Contracts for the International Sale of Goods with Open-Price Terms – an Interplay between Arts. 14 and 55 CISG -----	180

---

Zoran Čvorović, Principle of Legality in Russian Law of 16 <sup>th</sup> and 17 <sup>th</sup> Century -----	199
Katarina Dolović Bojić, Influence of the Contract Termination on the Acquired Ownership of Acquirer and Third Party in Serbian Law -----	218
<b>STUDENT CONTRIBUTIONS</b>	
Andreja Mihailović, The Right to a Healthy Environment as an Intergenerational Phenomenon -----	236
Minja Đokić, Suspensive Effect of the Appeal in Serbian Tax Administrative Procedure-----	256
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Harold Winter, <i>Issues in Law &amp; Economics</i> , The University of Chicago Press, Chicago – London 2017, 240. (Ana Odorović) -----	275
Guido Calabresi, <i>The Future of Law and Economics</i> , Yale University Press, New Haven – London 2016, 228. (Nikola Ilić) -----	282
<b>FACULTY CHRONICLE</b> -----	288
<b>Instructions to Authors</b> -----	291



УДК 323.15:2(497.16)

CERIF: H120, H190, S220

Др Мирољуб С. Јевтић\*

ИДЕНТИТЕТ НЕПРАВОСЛАВНИХ СТАНОВНИКА  
ЦРНЕ ГОРЕ И РЕЛИГИЈА

*Предмет ове анализе јесте утицај религије на идентитет неправославних становника Црне Горе. Чини нам се да је политичко понашање припадника неправославних религија у Црној Гори изазвало крупне политичке последице и да би то ваљало истражити са тачке гледишта утицаја религије на њихов идентитет, а посебно политичке последице њиховог идентитетског опредељења. Анализа би требало да прикаже да је примарни разлог за национални, културни и политички идентитет испитиваних субјеката њихова религијска припадност. У овом раду ће се користити уобичајена методологија политичких наука. Резултати које рад треба да оствари би требало да послуже као основа за боље разумевање чињеница о којима је реч и да евентуално буду корисни политичким и друштвеним делатницима.*

Кључне речи: *Религија. – Идентитет. – Муслимани. – Католици. – Утицај. – Албанци. – Бошњаци. – Хрвати.*

Становништво Црне Горе је веома шаролико у верском смислу. Састављено је од православаца, муслимана и римокатолика. Према последњем попису, у Црној Гори живи 99.038 припадника исламске вероисповести. Занимљиво је да се 19.439 особа изјашњава као припадници муслиманске вероисповести. Укупно их је 19,11%.<sup>1</sup> Из пописних података није јасно који су критеријуми за поделу на исламске вернике и припаднике муслиманске вере. Реч је о пописној

\* Аутор је редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду, [miroljub.jevtic@fpn.bg.ac.rs](mailto:miroljub.jevtic@fpn.bg.ac.rs). Овај текст је рађен у оквиру пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије (евид. бр. 179008).

<sup>1</sup> Монстат, Завод за статистику, Саопштење бр. 83, Подгорица, 12. јул 2011, *Попис становништва, домаћинстава и станова у Црној Гори 2011*, 14, [http://www.monstat.org/userfiles/file/popis2011/saopstenje/saopstenje\(1\).pdf](http://www.monstat.org/userfiles/file/popis2011/saopstenje/saopstenje(1).pdf), 21. септембар 2016.

категорији коју је Завод за статистику Црне Горе третирао као верску припадност. Дакле, нема сумње да се под *муслимани* не рачунају *Муслимани* као нација, која и данас постоји у Црној Гори, уз Бошњаке. Католика према попису има 21.299 или 3,44%.<sup>2</sup> То је скоро четвртина укупног становништва земље, што указује на важност питања које у овом тексту постављамо.

За припаднике те две религије важно је и њихово национално декларисање. Муслимани су: Муслимани са великим М, Бошњаци, Црногорци-Муслимани и Албанци. Католици су: Хрвати и Албанци. Када смо представили бројчану заступљеност те две вероисповести, ваља нам да покушамо да одговоримо на наше питање колико религија утиче на њихов идентитет.

Да бисмо на то питање одговорили, покажемо неке веома важне чињенице. Када говоримо о националној припадности учесника у сукобима током рата у Југославији од 1991. до 1995. године, врло су нам важна два неутрална мишљења. Аутор барселонске *Ла Вангардије* износи и тезу да у Босни није вођен „етнички рат“ и није било „етничког чишћења“ јер су, према његовом мишљењу, три тамошња народа „једна етнија“ (јужни Словени) које „раздваја само религија“.<sup>3</sup> Представник Организације УН за Босну у току рата Овен Столтенберг био је још прецизнији: „Етнички рат? Не верујем. Они су сви Срби. Постоје Срби који себе тако и називају, затим Муслимани – они Срби који су се приклонили исламу, а многи од оних који су обучени као Хрвати и тако себе називају су такође Срби.“<sup>4</sup>

То показује колико вера утиче на национално опредељење. Дакле, људи се само због вере опредељују национално.

Најкарактеристичнији пример су Албанци, о чијем националном јединству без разлике у односу на веру влада „мит хималајских димензија“. Он нам говори да су Албанци народ којима вера не значи ништа када је нација у питању. Кад би Албанцима вера била мање значајна од верске припадности, они би се, увек када се национална и верска припадност сукобљавају, опредељивали за нацију на штрб вере. Као доказ да вера не игра никакву улогу у њиховим политичким идејама узима се пример Косова и Метохије (КиМ). Тамо Албанаца хришћана скоро да и нема, али постоји стара католичка бискупија – Призренска<sup>5</sup> и на основу те чињенице стално се потенцира присуство католика на КиМ. Међутим, број католика је

---

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Владимир Станковић, „Пре измишљања Босне било је боље измислити Босанце“, *Наша борба*, Београд, 24. септембар 1996, 4.

<sup>4</sup> „ТВ исекла истину“, *Наша борба*, Београд, 27. јун 1995, 3.

<sup>5</sup> *Apostolic Administration of Prizren*, <http://www.catholic-hierarchy.org/dioceses/dpriz.html>, 26. септембар 2016.



безначајан. Најпрецизнији узор у том смислу је покојни призренски бискуп Албанац Марк Сопи (1938–2006).<sup>6</sup> У једном интервјуу, он је рекао да на КиМ, према попису, живи 60.000 римокатолика. Од тога је око 40.000, по Сопијевим подацима, изван КиМ, тако да тамо нема више од 20.000 римокатолика.<sup>7</sup> Како на КиМ живи 1.870.981 становника<sup>8</sup>, то значи да број католика није већи од 1% до 2%, а то показује да су практично невидљиви.

Причу о Албанцима различитих вера на КиМ који живе у братству заснованом на језику није могуће проверити. Када је реч о независности КиМ, то мало католика се номинално понаша као и муслимани, што је лако објашњиво. У томе посебно предњачи садашњи бискуп Дод Ђерђи.

Веома је важно указати на чињеницу да Албанци са КиМ целокупну своју политику граде на идеји да су они секуларни националисти и да им је ислам наметнут силом за време османске владавине. У том смислу, посебно је важна изјава Рамуша Хардинаја да је „рођен као муслиман, али не зна зашто је муслиман јер ниједном у животу није био у џамији“.<sup>9</sup>

Према томе, рушити ту слику представљајући Албанце као потенцијалне исламске терористе веома је опасно по албански политички пројекат. То се посебно не очекује од католичког бискупа који својим албанским муслиманским сународницима стално мора да доказује да му Ватикан и папа нису ближи од комшија муслимана.

Упркос томе, поменути бискуп Дод Ђерђи је то урадио. Говорећи о исламским терористичким актима у Француској и Истанбулу упозорио је: „Овај дух нетрпељивости и мржње на чудан начин је ушао у неке наше људе. Тако да догађаји који су се десили у Истанбулу, Бангладешу и Паризу веома брзо могу да се десе у Приштини, Скопљу или Тирани.“<sup>10</sup> Можемо да замислимо како су на то реаговали његови сународници – хоће које су оптужене за исламски тероризам.<sup>11</sup> То сасвим јасно показује да су приче о јединственим интересима заснованим на национализму врло лабаве.

<sup>6</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Marko\\_Sopi](https://en.wikipedia.org/wiki/Marko_Sopi), 26. септембар 2016.

<sup>7</sup> Enzo Dalla Pellegrina, *Guerre etniche: una fatalita? Un esempio: il Kosovo*, Caritas, Vicenza 2002, 96.

<sup>8</sup> Sarah Janssen (ed.), *The World Almanac 2016*, World Almanac Books, New York 2016, 795.

<sup>9</sup> Шефкет Краснићи, „Рамуш Хардинај је напустио Алахов пут“, <http://www.info-ks.net/clanak.php?id=37680>, 26. септембар 2016.

<sup>10</sup> „Косовскиот бискуп Дод Ђерђи предупредува: Терористички напади во Скопје, Тирани и Приштина“, <http://tvnova.mk/vesti/makedonija/kosovskiot-biskup-dod-gergi-predupreduva-teroristichki-napaadi-vo-skopje-tirana-i-prishtina/>, 26. септембар 2016.

<sup>11</sup> „Косовска полиција јутрос ухапсила 12 имама“, *Електронске новине Санџак прес*, <http://sandzakpress.net/kosovska-policija-jutros-uhapsila-12-imata>, 1. октобар 2016.

Када имамо ту чињеницу у виду, остаје нам да видимо каква је ситуација у Црној Гори. У региону Малесија, чији је центар Тузи, живи за Црну Гору значајна албанска заједница, њих око 12.000. Они су истовремено подељени по верској припадности на муслимане и католике у размерама 1:1, отприлике по 6.000.<sup>12</sup> У равнотежи снага и једни и други могу отворено да покажу како се односе према сународницима друге вере.

Нема никога ко се неће сложити да је смрт нешто што би требало да уједини људе, само на основу чињенице да су људи и да би требало да покажу солидарност. Десило се да је једна Албанка католикиња из породице Љуљџурај преминула у САД. Жеља покојнице је била да се сахрани у родном крају, у селу Диноша. Како обичаји налажу да се тело покојника изложи у капели да би се изјављивало саучешће, рођаци покојнице су хтели да то учине на месном гробљу. Како на том гробљу није било капеле, они су хтели да то учине у суседном селу, где капела постоји, али је користе муслимани. Међутим, томе су се супротставили муслимани – Албанци из верских побуда и тиме показали шта мисле о својим сународницима римокатолицима. Сукоб који је тим поводом избио добио је озбиљне размере. Дошло је до масовног физичког обрачуна због којег је морала да интервенише јединица полиције Министарства унутрашњих послова Црне Горе. Пет особа је повређено, а од тога двојица полицајаца.<sup>13</sup> Да би спречили своје комшије католике да обављају церемоније на гробљу, муслимани из села Диноше су багерима прекопали прилазе гробљу. Све се то збивало у марту 2013. године.

Колико је овај сукоб запрепастио и власт, најбоље показује изјава градоначелника Подгорице који је рекао да је сукоб „несхватљив“ и „посебно необјашњив јер се ради о блиским породицама по крви“.<sup>14</sup>

Проблеми су ескалирали, па су Албанци католици одлучили да изграде своју посебну капелу у месту Вуксанлекићи. Они су сасвим јасно истакли крст, наглашавајући да ће у капели бити места за све вере.<sup>15</sup> Колике и какве димензије има ова чињеница, види се и из следећег податка. У Улцињу међу Албанцима „дуго тињају сукоби у општинском одбору владајуће ДПС (Демократске партије социјалиста) Мила Ђукановића. Чланови ове партије, муслимански

<sup>12</sup> Петар Комненић, „Тузи – међувјерске тензије међу Албанцима“, *Радио Слободна Европа*, <http://www.slobodnaevropa.org/a/682993.html>, 28. септембар 2016.

<sup>13</sup> „Потукли се Албанци муслимани и католици око сеоског гробља код Подгорице, петоро повређених“, <http://www.blic.rs/vesti/drustvo/potukli-se-albanci-muslimani-i-katolici-oko-seoskog-groblja-kod-podgorice-petoro/q536ve2>, 28. септембар 2016.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> „Капела изграђена, газда се не зна“, *Дан*, Подгорица, 27. август 2015, 1.

Албанци, оптужују руководство своје партије да у општинском одбору којим руководе, католици-руководиоци, форсирају католике на рачун муслимана и у то име су писали Ђукановићу<sup>16</sup>.

Све то је посебно важно у светлу чињенице да је још 2006. године, у околини Подгорице, ухапшена терористичка група састављена од католика Албанаца. Више црногорских медија је, позивајући се на незваничне изворе, утврдило да је могући мотив те формације био да у Црну Гору пренесе сукоб између Албанаца католика и муслимана са севера Албаније и да се наметне политичка доминација католичких лидера у албанској заједници. Ту верзију су додатно подгрејале такође незваничне информације да је осумњичена група планирала да изведе нападе на џамију у Тузима и атентат на једног од угледних исламских политичких лидера у албанској заједници. О томе је говорио један од албанских католичких лидера Васиљ Сиништај, један од лидера „Албанске алтернативе“, странке која је ушла у црногорски Парламент и која махом окупуља Албанце католике. Он је рекао „да је до неспоразума између Албанаца католика и муслимана дошло у моменту када иницијатива за стварање засебне општине Тузи, коју је подржавала и католичка дијаспора, није наишла на одобравање исламских политичких лидера у тој заједници“<sup>17</sup>.

Политички идентитет албанских муслимана најбоље осликава одговор садашњег градоначелника Улциња Назифа Цунга на питање да ли је Улцињ црногорски град или град у Црној Гори. За њега Улцињ није ни једно ни друго већ „дух народа, менталитет, начин како живи овај град и његова душа потпуно“<sup>18</sup>. Јасно је да Назиф Цунга сматра да је Улцињ албански град.

Чини се да смо овим показали колико религија утиче на политички идентитет Албанаца у Црној Гори, а указаћемо и на то како религија утиче на профилирање политичког идентитета муслимана који говоре српски језик. Тежња црногорских власти иста је као и политика краља Николе. Он је хтео да муслимани српског језика у Црној Гори буду етнички Срби, али исламске вере. Чини нам се да је тенденција садашње власти да уместо Срби-муслимани они буду Црногорци-муслимани и да свој језик назову црногорским. Та акција краља Николе није дала резултате. За разлику од ње ова друга – црногорска, даје извесне, али врло ограничене плодове. Један број муслимана прихвата да буду Црногорци и тако се декларишу, па их није могуће издвојити из укупне масе национално декларисаних

<sup>16</sup> „Од Мила траже смјену Шкреле и Нрекића“, *Дан*, Подгорица, 4. август 2016, 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Самир Адровић, „У владу само уз стране гаранције“, *Вијести*, Подгорица, 8. октобар 2016, 3.

Црногораца. Други, мањи део декларише се као Црногорци-муслимани.

Претпостављамо да би свако поставио питање зашто је опредељивање муслимана као Црногораца лакше него као Срба. Одговор уопште није тежак. У време када се одвијала борба српског народа Црне Горе за ослобођење од османске власти, црногорско национално питање није постојало. Црногорци су били регионална ознака за становнике четири нахије око Цетиња. Сви остали становници били су Брђани, ускоци итд. Сви су они, заједно са Црногорцима, били национално Срби, дакле противници османске власти. Ту власт су чинили и исламизовани Срби из Црне Горе који су били у сукобу са православним Србима. Како су ти црногорски Срби откидали део по део исламско-османске државе, то су се муслимани из тих откинутих делова иселавали у друге делове садашње Црне Горе који су остајали под османском влашћу или у друге делове империје све до Истанбула и Анадолије. Муслимани су, без обзира на то што су Срби, били као пупчаном врпцом везани за султана који је био халиф, њихов верски поглавар. Акције црногорских Срба ти муслимани су доживљавали као највеће непријатељство. Због тога они никако нису могли да прихвате да буду Срби.

О томе веома пластично говори бивши истакнути муслимански политичар Адил Зулфикарпашић: „Познато је да је на овим просторима до Балканских ратова била Турска држава... То је била наша држава. Држава која је испуњавала наше интересе... Дакле, ми смо своју еманципацију, свој просперитет, своју будућност везивали за ту турску државу и настојали да је ојачамо... Када се Турска империја повукла... Срби су у дубини душе остали наши противници, рушитељи наше земље...“<sup>19</sup> То је Зулфикарпашић изјавио деведесетих година прошлог века. Његов говор је био праћен масовним одобравањем слушаца у Новом Пазару, што показује да се они и данас осећају као „Турци“ у смислу државне припадности, а самим тим не воле Србе који су им срушили државу и одвојили је од њих.

Одређени Црногорци православне вере који не признају да су икада имали ишта са Србима постају природни савезници муслимана. Ти муслимани, често и скорашњи муслимани, врло лако се поистовећују са Црногорцима, односно црногорским Србима, знајући да од њих воде порекло. Маса црногорских муслимана зна своје православне претке. Имају чак и иста презимена. Под типичним српским презименима, као што су Бошковић, Ђурђевић, Рајковић, Марковић, Јеврић, има пуно муслиманских имена.

Упркос томе, мали део тих муслимана прихватио је да се декларише као чисти Црногорци или као Црногорци-муслимани.

---

<sup>19</sup> Став, Нови Сад, 21. фебруар 1992, 21.

Огромна већина њих су или Бошњаци или Муслимани (са великим М). Муслимани свој идентитет заснивају пре свега на исламу. Они сада настоје да све оно што је некада, за време исламско-османског царства, био идеал који је бранила држава са центром у Цариграду сада граде преко Исламске заједнице Црне Горе, а она свој положај гради ослањајући се на Турску. Чак и кад се декларишу као Бошњаци, њихове политичке везе са Турском су веома изражене. Према томе, стално истичу свој идентитет који није идентитет Црне Горе. То иде толико далеко да тај свој идентитет представљају скоро као непријатељски идентитету антисрпске Црне Горе.

Да би успео референдум о независности Црне Горе, режим Мила Ђукановића је морао да се ослони на мањине и због тога мора да им чини уступке. Као резултат тога, створена је општина Петњица која је раније била у саставу општине Беране. У Петњици се на власти у овом тренутку налази коалиција ДПС-а и муслиманских странака. Односи међу њима најбоље показују отпор који муслимани српског језика показују према црногорском идентитету. Један пример је посебно занимљив.

У лето 2016. године у Петњици је организован фестивал фолклора. Фолклорна парада је уприличена у присуству општинских функционера коалиционих партнера ДПС и Бошњачке странке. Проблем је настао одмах на почетку, када је, као прва тачка, изведена чувена црногорска игра „Црногорско оро“, својствена за Цетиње. Чим је извођење почело, председник Скупштине општине је демонстративно напустио салу и свој поступак објаснио на следећи начин: „Ја сам демонстративно напустио салу, јер нијесам могао да гледам невиђену бруку и вријеђање бошњачког народа... јер ово није било вече црногорског него бошњачког фолклора. Тако је поново показано да одређене групације желе да газе и гуше све што је бошњачко у Бихору, а иза свега тога стоји ДПС. Све се то чини с једним циљем, а то је да се асимилију Бошњаци Бихора и утопе у црногорску културу која није њихова... у жељи да се Петњица претвори у Цетиње.“<sup>20</sup>

Један од највиших политичких представника петњичких муслимана поручио је да они нису Црногорци и да са Црногорцима у културном и националном смислу немају никакве везе.

Какве то има политичке димензије и какав је политички идентитет многих црногорских муслимана, а оних који су чланови Бошњачке странке сигурно, најбоље се може видети из још једне изјаве председника Скупштине општине Петњица: „Упамтите добро да Ловћен Бихорцима није свети отац и да у њега нисмо заклети...“<sup>21</sup>,

<sup>20</sup> „ДПС од Бихора прави Цетиње“, Дан, Подгорица, 14. август 2016, II.

<sup>21</sup> „Муховић: СДП водио Бихорце да се поклоне ‘крвнику ислама’“, <http://www.vijesti.me/vijesti/muhovic-sdp-vodio-bihorce-da-se-poklone-krvniku-islama-866464>, 3. октобар 2016.

а затим је нагласио да је Петар Петровић Његош највећи крвник Бошњака и ислама.

Нико разуман не може да спори да је Његош камен темељац савремене Црне Горе, па и општине Петњица. То значи да председник Скупштине општине који је то изговорио не би био на тој функцији да није било Његоша. Он је истовремено показао да је, као Његошев непријатељ, истовремено и непријатељ његошевске Црне Горе. Када то може да каже, то значи да и званична Црна Гора, чија је владајућа странка у Петњици у коалицији са бошњачком странком, одбацује Његоша.

Колико су ове речи тешка оптужба Његоша и Црне Горе најбоље се види из податка да су преци бихорских муслимана и осталих муслимана Црне Горе били носиоци исламско-османске окупације Црне Горе. Они су као муслимани морали да поштују Куран, као данас, уколико желе да буду муслимани. У Курану се о томе каже: „Кад прођу свети мјесеци, онда убијајте Многобожце гдје год их нађете, заробљавајте их, опседајте их и на сваком пролазу дочекујте...“<sup>22</sup> Православни Срби из Црне Горе нису поштеђени тога, што доказује следећи ајет: „Јевреји говоре Узејр је – Аллахов син, а кршћани кажу: Месих је – Аллахов син. То су рјечи њихове из уста њихових, опонашају рјечи невјерника пријашњих. – Убио их Аллах! Куда се одмећу?“<sup>23</sup> У овом ајету се јасно показује да муслимани, кад пожелеле, и хришћане могу да ставе у категорију многобожаца и атеиста-неверника, што је још горе, а као такве муслимани морају да их ликвидирају.

Краљ Никола им је све опростио, а многи од њих су му то вратили тиме што су за време његове владавине, као и касније за време Краљевине СХС и Југославије, субверзивно деловали. Године 1941. једва су дочекали капитулацију и распад државе и формирали су квислиншке јединице које су се обрушиле на православне комшије.

Као посебно важан пример навешћемо покољ православних мештана који се десио 28. јула 1944. године, у селу Велика, садашња општина Плав у Црној Гори. „На ово за нас погубно и страдално али и свето јутро комшије муслимани побили су 500 становника овог планинског села, од чега 120 дјецe млађе од 12 година... геноцид су извршили муслимани из Плава, Мурина, Гусиња и са Чакора. Били су то чланови злогласног Принц Еугена и Скендер Бег дивизије, али и комшије које су препознали велички мученици... Најкрвавији и најсуровији примјер је вађење малог Миланчета из мајчине утробе.

---

<sup>22</sup> *Куран*, превод Бесим Коркут, Старјешинство Исламске заједнице БиХ, Хрватске и Словеније, Сарајево 1984, поглавље (сура) 9, стих (ајет) 5.

<sup>23</sup> *Ibid.*, сура 9, ајет 30.

Отац му је име дао пред сахрану иако није рођен него је свирепо извађен из мајчине утробе... Прије тога те вајне комшије... убили су још три сина исте мајке.“<sup>24</sup> Преживели говоре како су одлучујућу улогу у том геноциду имале поједине хоџе, као што је био плавски хоџа Саит.<sup>25</sup>

Такав политички идентитет муслимана Црне Горе, који суштински негира ту државу, прихваћен је и од садашње власти. То најбоље потврђује податак да је изразито непријатељска организација муслимана иселеника у САД „Бошњачко-америчка национална асоцијација“ (БАНА)<sup>26</sup> помогла да се филм „Бошњаци – геноцид у континуитету“<sup>27</sup> прикаже у Црној Гори. Да је то приказивано само по муслиманским институцијама, не би се могло пребацити држави да то толерише, али је сасвим друга ствар када Скупштина општине Пљевља уступи своје просторије за пројекцију тог филма.<sup>28</sup> На тај начин држава прихвата пројекат који, упркос историјским чињеницама, тврди да су црногорски Срби систематски геноцидирани муслимане. Међутим, нису црногорски Срби отишли на територију исламско-османског султаната да га окупирају него супротно, нису црногорски Срби насилно покрштавали муслимане у Цариграду и Измиру него обратно. Нови муслимани, Срби по народности, били су представници исламске власти и страховладе у Црној Гори.

Колико се муслимани осећају сигурно у Црној Гори најбоље се види из понашања њиховог најзначајнијег представника – Исламске заједнице (ИЗ) Црне Горе, која без икаквог зазора показује да су њене везе са турским државним властима више него јаке. Дакле, у секуларним државама какве су, према њиховим уставима, и Црна Гора и Турска, било би логично да ако нека верска заједница сарађује са једноверницима, то буде са ИЗ такве земље. Сусрети са властима нису искључени јер се религија не може одвојити од политике, али ако се врх једне ИЗ подједнако или више састаје и сарађује са представницима неке исламске државе него са ИЗ те земље, онда је то веома знаковито.

Одмах после поновног избора (2015) за поглавару ИЗ Црне Горе, реис Фејзић је отпутовао у Турску, јасно наглашавајући да

<sup>24</sup> Велимир Ераковић, „Крвне веза Пиве и Велике“, *Дан*, Подгорица, 7. август 2016, 12.

<sup>25</sup> „Покољ гледао очима шестогодишњака“, *Дан*, Подгорица, 6. август 2016, 16.

<sup>26</sup> „Тврде да у Пљевљима није било инцидента“, *Побједа*, Подгорица, 9. август 2016, 6.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> „Меско Ђурђевић: Неистините и злонамерјерне тврдње“, *Побједа*, Подгорица, 7. август 2016, 6.

ће се тамо састати са председником Републике Турске Ердоганом. Занимљиво је да је у делегацији која је посетила Ердогана, осим реиса Фејзића, био и поменути председник Скупштине општине Петњица. Истиче се да је он тамо присуствовао као члан Одбора ИЗ. О том сусрету се зна „да су на вечери са турским председником Ердоганом разговарали о политици и односима двије државе“.<sup>29</sup> Основно питање које би могло да се постави јесте због чега поглавар једне мањинске верске заједнице разговара са председником друге државе о политици између двеју земаља. Затим, ко води политику Црне Горе према Турској, влада или поглавар ИЗ? Одговор је поглавар ИЗ или ти муслимани Црне Горе који имају велики утицај на политику те државе. Из исте вести може се видети да су се са Ердоганом раније састајали и потпредседник црногорског Парламента и председник Бошњачке странке, а обојица су муслиманске вероисповести.

Посебно је важно истаћи да реис Фејзић, говорећи о својој посети, упозорава све оне који би му на посети могли замерити: „...нас вишегодишња и безрезервна подршка Турске посебно обавезује. Не бих разумио ако би то било коме у Црној Гори и ван ње могло засметати“.<sup>30</sup> Из тога јасно произилази ко пресудно утиче на политички идентитет црногорских муслимана и откуда толико снаге и упорности да се негирају сами темељи те државе, чију окосницу чине династија Петровић Његош и Црнојевићи.

За сам крај ове анализе оставили смо понашање трећег колективитета црногорских држављана неправославне вере – католика. Идентично, као и муслимани, то је превасходно народ истог етничког састава. Дакле, реч је о етничким Србима и нешто мало Италијана који су се дугим животом међу етничким Србима римокатолицима и сами језички посрбили, али за себе кажу да су Хрвати и тако се и декларишу. Закључујемо да је једини елеменат за такво одређење њихова римокатоличка вера.

Целокупна историја црногорских католика је таква. Њихова најважнија монахиња Озана которска била је Српкиња из Љешанске нахије, из старе Црне Горе, која је сишла у Котор и ступила у монаштво и проглашена блаженом. Хрватска Википедија вели да је она из „православне обитељи“.<sup>31</sup> Змајевићи, можда најпознатија бокелска породица, која је давала адмирале и бискупе, пореклом је из села Врбе на Његушима, крај Цетиња.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> „Муховић и Реис вечерали са Ердоганом“, *Вијести*, Подгорица, 24. август 2015, 2.

<sup>30</sup> Р. Томић, „Фејзићу још један мандат“, *Побједа*, Подгорица, 17. август 2016, 5.

<sup>31</sup> [https://hr.wikipedia.org/wiki/Ozana\\_Kotorska](https://hr.wikipedia.org/wiki/Ozana_Kotorska), 2. октобар 2016.

<sup>32</sup> [http://www.imobilia.net/me/palac\\_zmajevic.html](http://www.imobilia.net/me/palac_zmajevic.html), 2. октобар 2016.



Српско или „славјанско“ осећање црногорских, пре свега бокелских римокатолика било је дуга историјска чињеница. Тако је, на пример, приликом формирања которског српског певачког друштва „Јединство“, у његовој управи био и католички свештеник и професор гиманзије, дакле интелектуалац кога није било могуће обманути које је националности дон Јаков Групковић.<sup>33</sup> Било је то 1871. године, у време владавине Аустро-Угарске у Котору и превласти римокатоличке цркве.

У националном смислу, католици садашњег црногорског приморја су, као и Дубровчани, неговали идеју националне истоветности са православнима. То се највише изражавало у називу којим су се именovali – „Славјани“.<sup>34</sup> То је почело да се мења формирањем Бокелске морнарице 1859. године. „Управо, након оснивања Бокелске морнарице као изразито католичке организације, почело је потенцирање различитих вјерских и националних припадности, односно потискивање заједничког ‘славјанског’ именитеља Бокеља. У свим приликама наглашавано је хрватство за све католике... Преобразили су се у Хрвате без обзира на своју српску, односно херцеговачку или црногорску крв, коју промјеном вјере нису из себе исциједили.“<sup>35</sup>

Упркос томе, велики број католика је упорно одбијао да прихвати тоталну кроатизацију. То је било и за територију садашње Црне Горе и за велике делове садашње Хрватске.

Важан је случај Дубровника. На основу пописа из 1890. године, Дубровник је имао 6.405 римокатолика, 515 православних, 15 лутерана, 206 реформата, 76 Јевреја, два муслимана и једног верски неопредељеног становника.<sup>36</sup> Ако узмемо у обзир веру, закључили бисмо да су у питању претежно Хрвати, што значи да говоре хрватски у случају да су Хрвати нација. Исход пописа даје изненађујуће одговоре. Упитани за језик споразумевања у дому: 5.823 Дубровчана веле да је то српски, 677 да употребљава италијански, словински 19, руски два, чешки 48, пољски шест, немачки 263 и мађарски 384.<sup>37</sup> На основу тога можемо да закључимо да су већином говорили српским језиком.

На исти начин као и Бокелска морнарица која је била изразито католичка идеја и пракса, и Дубровчани су временом прихватили да су сви они који говоре српски ако су католици, по националности Хрвати, а данас и језик зову хрватским.

<sup>33</sup> Васко Костић, *Српска народна гарда Котор*, Обод, Цетиње 1990, 72.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Дубровник, календар за просту 1898*, година друга, Издање и наклада Српске дубровачке штампарије А. Пасарића, Дубровник 1897, 66.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 67.

Коначан печат „славјанском“ и српском идентитету црногорских римокатолика дао је Први хрватски католички конгрес, који је одржан у Загребу 1900. године. Конгресом су доминирали надбискуп врхбосански Јосип Штадлер и ђаковачки бискуп Јосип Штросмајер, обојица пореклом Немци, а председавао је гроф Мирослав Кулмер, такође немачког порекла.<sup>38</sup> На том конгресу је донета одлука да су „сви католици Далмације, Хрватске, Славоније и Босне и Херцеговине (су) Хрвати“.<sup>39</sup> Та идеја је била прожета зазором према Србима и стварањем политике која је требало да учини све да Срби постану Хрвати. Свака локална заједница Хрвата, било где на подручјима Аустро-Угарске, требало је да чини све што је у њеној моћи да се та политика оствари. На подручју садашње територије Црне Горе, тада под управом двојне монархије, то се изражавало притисцима на вернике да се одрекну српства, да прихвате да су Хрвати, кроатизовањем свих културних институција које су основали католици, пре свега Бокељске морнарице. То је требало да избрише траг православља у Боки, а касније да буде темељ нестанку српства и православља у Црној Гори и Србији.

Колико је то био религијски покрет, види се из податка да су га водили Немци. За њих је вера била све, па како је маса на коју су деловали била етнички српска а њен католички део се везао за хрватство, и они су се претопили у Хрвате јер је за њих било важно да победи католицизам. За разлику од тога, у приморју које је припало Црној Гори, после 1878. године, католици који су говорили српски језик били су за државу Срби и нису имали ништа против таквог националног одређивања.<sup>40</sup> Данас су и они под утицајем католичке цркве постали углавном Хрвати.

Као последицу тога, данас имамо врло занимљиве резултате у Црној Гори. Формирају се бројне институције Хрвата које се називају грађанским, а пример за то можемо узети „Хрватска грађанска иницијатива“ (ХГИ), која као политичка партија партиципира у власти у Котору у Тивту.<sup>41</sup> Занимљиво је да се једна организација која каже да је грађанска одређује и присвојним придевом – хрватска. Како иницијатива која претендује да је грађанска може да се веже само за једна народ? То је очигледно немогуће и показује да је то само мимикрија да се настави са политиком денационализације и

<sup>38</sup> Ратко Дмитривић, „Мрачне сенке првог хрватског католичког конгреса, одржаног у Загребу 1900. године“, *Интермагазин*, 19. мај 2013, <http://www.intermagazin.rs/mracne-senke-prvoh-hrvatskog-katolickog-kongresa-odrzanog-u-zagrebu-1900-godine>, 3. октобар 2016.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Ђуро Поповић, Јован Рогановић, *Земљопис књажевине Црне Горе, за ученике трећег разреда основне школе*, Државна штампарија, Цетиње 1895, 3.

<sup>41</sup> „ХГИ иде сама на изборе“, *Дан*, Подгорица, 17. август 2016, 2.

деправославизације Срба. У том смислу им је садашња политика ДПС апсолутно наклоњена и заједно са њима ради на расрбљавању Црне Горе и прикривеној католизацији, што би неминовно довело до кроатизације.

За сам крај истичемо да нам се чини да смо доказали да религија одлучујуће утиче на профилисање политичког идентитета неправославних становника Црне Горе и да наука мора пажљиво да прати такву ситуацију.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Dalla Pellegrina, E., *Guerre etniche: una fatalita? Un esempio: il Kosovo*, Caritas, Vicenza 2002.
- Дубровник, календар за просту 1898, година друга, Издање и наклада Српске дубровачке штампарије А. Пасарића, Дубровник 1897. (*Dubrovnik, kalendar za prostu 1898, godina druga, Izdanje i naklada Srpske dubrovačke štamparije A. Pasarića, Dubrovnik 1897*)
- Костић, В., *Српска народна гарда Котор*, Обод, Цетиње 1990. (Kostić, V., *Srpska narodna garda Kotor*, Obod, Cetinje 1990)
- Поповић, Ђ., Рогановић, Ј., *Земљопис књажевине Црне Горе, за ученике трећег разреда основне школе*, Државна штампарија, Цетиње 1895. (Popović, Đ., Roganović, J., *Zemljopis knjaževine Crne Gore, za učenike trećeg razreda osnovne škole, Državna štamparija, Cetinje 1895*)
- Куран, превод Б. Коркут, Старјешинство Исламске заједнице БиХ, Хрватске и Словеније, Сарајево 1984. (*Kuran, prevod B. Korkut, Starješinstvo Islamske zajednice BiH, Hrvatske i Slovenije, Sarajevo 1984*)
- Janssen, S. (ed.), *The World Almanac 2016*, World Almanac Books, New York 2016.

Miroljub S. Jevtić, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Political Sciences

## THE IDENTITY OF THE NON-ORTHODOX POPULATION OF MONTENEGRO AND RELIGION

### *Summary*

This paper analyses the influence of religion on identity, especially the political identity and political behavior of the non-orthodox people of Montenegro. Goal of this paper is to show that non-orthodox minorities in Montenegro have a mass influence on the politics of this country. For example, without their votes, the independence of Montenegro would not be possible. This is very easy to calculate. 55% voted for the independence, and Muslims represents a little bit more than 19% of the Montenegro's population. All of them say they voted for the independence of Montenegro in 2006 referendum. Therefore, this political decision was highly dependent on the Muslim votes, and had a great influence on the Serbian interests. This fact should be highlighted. Moreover, one can say that this was one of the major defeats of Serbs in the last century. This paper shows that the identity of the Serbian speaking population of Montenegro is dependent on their religious background. Bosnians, Muslims, Montenegrin Muslims or Croats base their national identity on their Islamic or Roman Catholic confession. Moreover, this paper shows that the Albanian national question in Montenegro is a great example of how both Serbian science and politics failed to explain this issue. Serbian politicians and scientist are wrong in saying that Albanians are motivated only by antireligious nationalism in their actions, basing their attitude in complex Albanian society made of Muslims, Catholics and Orthodox Christians. Due to this fact religious aspect was completely ignored. However, a great number of Albanians fighting for Islamic State in Syria and Iraq are quite opposite to this attitude, and making Serbians to ask themselves – how is it possible that an atheist Albanians are fighting in the name of Islam? The situation is similar in Montenegro. In this paper we show that Albanians are also divided on religious lines and that this division has huge consequences. If Serbs has analyzed Albanians interreligious relations based on what we have in Montenegro, it would be easier for them to understand that Albanians failed to overcome their religious differences in the name of national unity, and consequently to understand why so many of them are fighting for ISIL.

We also deal with the Croatian question in Montenegro. This paper will show that Montenegrin Croats are a part of the same Serbian body, like Bosnians or Muslims. They are divided from this body only because of their religious belonging to Roman Catholic religion. Under the pressure of the First Croat Catholic Congress in 1900 they accepted to declare as Croats as their national belonging. Prior to this, they were divided between the idea of Slavs and Serbs, all sharing the same Serbian background and language.

Key words: *Religion. – Identity. – Muslims. – Catholics. – Albanians. – Bosniak. – Croats.*

Article history:

Received: 5. 5. 2017.

Accepted: 27. 11. 2017.

УДК 34:929 Костић Л.(043.3)

CERIF: H 260, H300, S100, S110

Др Жика Бујуклић\*

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА ПЕСНИКА  
ЛАЗЕ КОСТИЋА „DE LEGIBUS SERBICIS  
STEPHANI UROS DUSAN“

На основу архивске грађе коју је недавно открио, аутор пружа одговор на питање које је поставио у свом претходном раду „Одбрана доктората песника Лазе Костића у Пешти 1866. године: *Dissertatio* или *Theses*?“. Анализом до сада непознате садржине Костићеве докторске дипломе и оригиналних записника са његових докторских испита на Краљевском универзитету у Пешти (1864–1866), аутор закључује да је Лаза Костић стекао звање „доктора свеукупног права“, и цивилног и канонског (*doctor universi iuris, utriusque iuris*), на основу одбране рада мањег обима „*Theses e(x) scientiis juridicis et politicis*“, али и излагањем *dissertatio inauguralis* под називом „*De legibus serbicus Stephani Uros Dusan*“. Аутор сматра да овај податак значајно допуњује наша сазнања о изучавању Душановог законодавства средином XIX века и омогућује боље сагледавање укупних домета српске културне елите у Угарској тога доба.

Кључне речи: *Лаза Костић. – Одбрана доктората. – Theses. – Dissertatio inauguralis. – Душаново законодавство.*

1. Делатност Лазе Костића у области права остала је веома дуго потпуно у сенци његовог доприноса на пољу литературе, филозофије, естетике, књижевне критике, журналистике, дипломатије, па и његовог политичког ангажовања. Први који се овом облашћу позабавио био је др Срђан Шаркић, професор новосадског Правног факултета, аутор превода и обимних коментара Костићевог докторског рада, под називом *Theses e(x) scientiis juridicis et politicis*, одбрањеног 1. маја 1866. године на Правном факултету Краљевског универзитета

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [bujuklic@ius.bg.ac.rs](mailto:bujuklic@ius.bg.ac.rs).

у Пешти.<sup>1</sup> Оригинални текст теза, од свега шест страница, остао нам је сачуван јер је постојала пракса да се рад пре јавне одбране мора публиковати у више примерака. У чланку посвећеном Костићевом докторату, Шаркић објашњава зашто је он обухватао само неколико страница и износи став да, за разлику од данашњих доктората, тезе онога времена нису биле обимне монографије посвећене једном одређеном проблему, већ текстови са кратким сентенцама, тврдњама (дословце „тезама“) које је тек требало усмено одбранити. Зато се за стицање високог научног звања тражило широко познавање различитих правних области, које су кандидати претходно морали да положи кроз тзв. ригорозуме (строге испите, *examinibus rigorosis*).<sup>2</sup>

И заиста, када се погледа садржина Костићевих *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis*, види се да оне обухватају веома широку материју, и то из сасвим различитих правних дисциплина. Рад обухвата укупно 56 теза, у облику кратких сентенци, које су сврстане у десет целина: *природно право, црквено право, римско цивилно право, угарско приватно право, аустријско грађанско право, грађански поступак, кривично право, менично право, статистика Аустријске монархије*, док поглавље *E(x) scientiis politicis* укључује неколико сентенци из, назовимо то условно, *политичких наука*.<sup>3</sup>

Аутор овог превода није се посебно бавио питањем састава комисије и како је одбрана текла, али је својим обимним коментарима пружио „својеврсну реконструкцију“ тог догађаја, како је то приметио и приређивач ове књиге.<sup>4</sup> Држећи се искључиво садржине тих педесетак кратких „теза“, Шаркић је за сваку од наведених области пружио веома корисне податке, који лаицима, али и стручној јавности, помажу да схвате значај правних тема из овог рада. Академик Данило Баства је, у стручном приказу Шаркићеве књиге, с правом констатовао: „Што су та разјашњења петоструко обимнија од онога што се њима тумачи и коментарише, нипошто не треба схва-

<sup>1</sup> Lazar Kostić, *Theses e scientiis iuridicis et politicis (Тезе из правних и политичких наука)*, Матица српска, Нови Сад 2011 (даље: *Тезе*), 13–63. У самом наслову, као и касније у тексту теза, користи се средњовековни начин писања предлога „ex“, без другог слова, када му претходи реч са сугласником. Занимљиво је да је рукопис књиге чекао две деценије да буде објављен. Штета што се на корицама, а потом и на насловној страници, поткрала иста грешка: написано је *politics*, уместо *politicis*.

<sup>2</sup> Срђан Шаркић, „Римско право у докторској дисертацији Лазе Костића“, *Антика, савремени свет и рецепција античке културе* (ур. К. Марицки Гађански), Београд 2012, 455–460.

<sup>3</sup> У објашњењима и коментарима Костићевих *Теза* проф. Шаркић с правом упозорава да та терминологија има сасвим другачије значење од данашњег јер је Костић реч „политика“ употребљавао у „најопштијем значењу, као управљање друштвом“. *Тезе*, 58.

<sup>4</sup> Душан Николић, *Уводна реч, Тезе*, 5.

тити као ироничан приговор уперен против нападног демонстрирања учености, већ, напротив, поздравити као драгоцену помоћ и велико олакшање читаоцу који се без њих, по свој прилици, уопште не би могао разабрати у језгровито формулисаној а тематски широко захваћеној материји Костићевих *Теза*.<sup>5</sup>

Управо са намером да допунимо сазнања о том важном догађају за нашу културну историју, пошли смо од постојећих, веома ретких, сведочанстава која нам могу помоћи да расветлимо одбрану доктората Лазе Костића. У недавно објављеном раду, који се односио на ту тему, дошли смо до неких значајних података, који се често превиђају у научним радовима из ванправних области.<sup>6</sup> Наиме, у литератури која се бави различитим областима деловања Лазе Костића, често се узгредно помене и његов докторат, али се тада наводе само подаци из већ објављене пишчеве преписке и сведочанства његових савременика, пријатеља или биографа. Пошто се правна струка тиме није ни бавила, то су нам углавном били и једини подаци о Костићевој одбрани од пре једног и по века.

Често се цитира писмо Антонију Хаџићу, у коме Костић свом пријатељу најављује овај догађај: „У понедељак, *prima die Calendas majales* /првог дана мајских Календа/, промовујем се. Опоненти су ми Суботић и Милетић. Белај с тезама, с дисертацијом, с Венцлом, с професорима и њиховим латинским језиком!“<sup>7</sup> Понешто сазнајемо из писма које је, одмах по одбрани, упутио Јовану Ђорђевићу (Пешта, 2/14. маја 1866), свом ранијем професору и управнику Српског народног позоришта у Новом Саду: „Јуче сам дишпутовао са Суботићем и Милетићем, с оним из угарског права о коаквизицији, а с овим из политике, нешто о изборној теорији. Морали су се да боме дати потући. За диспутацијом узастопце промоција. И тако по предлогу омладине под прве стихове што их будем излегао подписујем се *др.* – само да зловни свет не узме то као абривиацију од *дрвени*! Суботић је врло шармантан, учтивост и снизхожденије му не зна границе. Дао ми је на чтеније своју најновију историјску драму под називом *Бодин*...“<sup>8</sup> Уз то, ретко ко пропусти да цитира сведочење Костићевог биографа и савременика Милана Савића, који је за ову одбрану доктората написао да је била „датум у историји Правног факултета пештанског Универзитета“.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Данило Баста, *Самопоштовање и пузавост* 3, Београд 2015, 357.

<sup>6</sup> Жика Бујуклић, „Одбрана доктората песника Лазе Костића у Пешти 1866. године: ‘Dissertatio’ или ‘Theses’?“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 7 (ур. С. Лилић), Београд 2017, 144–157.

<sup>7</sup> Лаза Костић, *Преписка*, I том, Нови Сад 2005, 76–77.

<sup>8</sup> Л. Костић, *Преписка*, 26.

<sup>9</sup> Милан Савић, *Лаза Костић*, Београд 2010, 37, 43.



2. Када је постао доктор правних наука, Лаза Костић је тек напунио 25 година и сваки читалац Костићевих *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis* мора остати задивљен обимом и разноликошћу тема којима је владао овај млади докторанд. Логично је онда запитати се колика ли је тек морала бити ученост двојице Срба који су, по Костићевом сведочењу, били „опоненти“ на тој одбрани – др Јован Суботић и др Светозар Милетић.

У наведеном чланку детаљније смо анализирали биографије Костићевих „опонената“ и установили да се управо оне чињенице које се односе на њихово правничко образовање и деловање по правилу запостављају.<sup>10</sup> Закључили смо да се одбрана водила пред двојицом веома угледних и образованих Срба, уз то доктора правних наука: Суботић је тада био судија највишег судског већа са седиштем у Загребу, а Милетић председник Српске читаонице у Новом Саду (пошто је на кратко суспендован са места градоначелника).<sup>11</sup> Обојица су двадесетпетогодишњег кандидата познавали већ одраније и у њему видели талентованог младог човека, док је Костић, с друге стране, увелико пратио Суботићев литерарни опус националноисторијске оријентације (романтични еп *Краљ Дечански*, драма *Немања*), а Милетић му је помагао током студија и уводио га у либералне политичке идеје. На основу грађе која нам је била доступна, нисмо могли са сигурношћу установити да ли је познанство са члановима комисије, уз заједничку националну, политичку и верску припадност, кандидату током одбране помогло или одмогло. Оставили смо и отворену дилему зашто су баш они изабрани да буду „опоненти“ младом Костићу, а не неки од професора пештанског Универзитета, на коме се одбрана и одвијала. Указали смо на могућност да се разлики укључивања др Суботића у ову комисију налазе у чињеници да је он био први Србин који је у Пешти, на кратко али веома успешно, водио катедру римског права.<sup>12</sup>

Међутим, кључна дилема која је отворена у овом чланку, и то први пут у нашој научној литератури, била је: да ли је текст од шест страница *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis* целокупни докторат Лазе Костића или је уз тај сачувани штампани текст ишао и рад већег обима, који се уобичајено називао *Dissertatio*. Указали смо на чињеницу да су два дела имали докторати и других угледних Срба који су то академско звање стекли на истом факултету, попут Јована

<sup>10</sup> Ж. Бујуклић, 154–156.

<sup>11</sup> Дејан Микавица, *Лаза Костић, политичка биографија*, Нови Сад 2011, 18–19.

<sup>12</sup> Јован Суботић, *Автобиографија*, II део, Нови Сад 2009, 57–58.

Хаџића (1826)<sup>13</sup> и Саве Текелије (1786).<sup>14</sup> У закључку смо констатовали да одговор на ту дилему могу пружити само даља истраживања у одговарајућим домаћим и страним архивама, поготово мађарским (попут Државног архива у Будимпешти, Универзитетској библиотеци и др.).

3. На основу изложене методолошке поставке и радне хипотезе коју смо изнели у поменутом раду, истраживање је усмерено прво ка ономе што већ поседујемо, а то је текст цитираног писма Хаџићу: „Белај с тезама, с дисертацијом, с Венцлом, с професорима и њиховим латинским језиком!“<sup>15</sup> Зашто би Костић користио два термина за исту ствар ако, поред „теза“ (*Theses* које су нам сачуване), није постојала и *Dissertatio*, „дисертација“ која му је задавала толике муке, и уз то везана за професора са тог факултета. Такође, треба запазити да Костић јасно истиче како су му проблем (*белај*) чиниле „тезе“ – наведено у множини (= *Theses*), а потом и „дисертација“ (= *Dissertatio*). Очигледно је да то нису синоними јер би и у првом случају користио једнину.

Не само да та чињеница никоме до сада није привукла пажњу него чак ни име професора Венцла, кога Костић овде изричито помиње. Чудно је да академик Младен Лесковац, приређивач Костићеве преписке и врхунски познавалац песничког живота и дела, у веома корисним пропратним коментарима песничке преписке не даје никакве податке уз име тог професора.<sup>16</sup>

Међутим, увидом у садржину Вурцбаховог *Биографског лексикона Аустријске царевине*, који обухвата 60 томова и садржи преко 24.000 биографских одредница о најугледнијим личностима те државе између 1750. и 1850. године, дошли смо до податка да је у питању Gustav Wenzel (1815–1891), доктор филозофије и права, који је од 1838. године био ангажован на Универзитету у Пешти, а истовремено и на Терезијануму у Бечу (*Theresianischen Akademie*). Био је професор рударског права и правне историје, а најзначајнији радови

<sup>13</sup> Јован Хаџић, *De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam orthodoxae ecclesiae christi orientalis* (О узроцима развода брака, према учењу Источне православне цркве Христове), превод са латинског и коментари В. М. Тодоровић, Нови Сад 2009, 23–134.

<sup>14</sup> Sava Tekelija, *Dissertatio iuridica de causa, et fine civitatis* (Правна дисертација о узроку и циљу постојања државе), превод са латинског и коментари В. М. Тодоровић, Нови Сад 2009, 1–103. У тексту се користи старији, римски начин писања, у коме не постоји латинично слово *U*.

<sup>15</sup> Л. Костић, *Преписка*, 76–77.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 513.

су му *Опште европско приватно право* (1868) и *Мађарско приватно право до 1848* (1885), уз многе друге, углавном на мађарском језику.<sup>17</sup>

Наредни истраживачки корак било је трагање за докторском дипломом Лазе Костића, која је у свом тексту морала имати неке ближе податке о поступку одбране, можда и о врсти доктората, поготово у случају да уз тезе није постојала и одговарајућа дисертација. Логично је било потражити је у архиви Матице српске, где се иначе налази доста грађе о Костићу, па и штампани примерак његових *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis*, са песниковом својеручном посветом тој институцији.<sup>18</sup> Наведене претпоставке су се и обистиниле јер се тамо налази оригинал овог драгоценог правног документа, а да о томе нигде до сада није било речи.<sup>19</sup> Па чак ни у књизи са фототипским издањем *Теза* и њиховим преводом, коју је издала сама Матица српска.

Докторска диплома Лазе Костића је великог формата (60 x 38), на латинском језику, са потписима двојице пештанских професора и са висећим печатом, попут средњовековних повеља. Текст започиње типизираним формулом, која је већ унапред одштампана, веома крупним словима: *Nos, rector et Alma ac Celeberrima Regia Scientiarium Universitas Hungarica, lecturis salutem* („Ми, ректор и благостиви и гласовити Краљевски универзитет Угарске, поздрављамо све који ће ово прочитати“), а потом следи текст исписан калиграфским рукописом, који садржи опис саме одбране и закључак о промовисању у звање *Doctor Iuris Universi* („доктора свеукупног права“), које се наглашава посебно увећаним и подебљаним словима, као и у уводном делу, када се истиче име кандидата: *Lazarus Kostic*. Наводе се прво његове генералије (да је стар 26 година, православне вероисповести, рођен у Ковиљу, у области Војне границе), потом се потврђује да је „годинама марљиво и прилежно изучавао свеукупну правну науку, те да је са успехом и једнако вредно положио све строге прописане испите: из општег природног права, римског цивилног права, црквеног права – како јавног, тако и приватног, грађанског права Угарске и Аустрије, процесног права, кривичног права као и менично-трговинског, те испите из статистике и политичких наука... (и да) је потом у јавној расправи одбранио одабране тврдње из свих области права, те беспрекорно разрешио све постављене приговоре“.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Constantin von Wurzbach, *Biographisches Lexikon des Kaisertums Österreich*, I–LX, Wien 1856–1891. Није јасно зашто је Милан Савић у својим мемоарима, приликом цитирања поменутог Костићевог писма, иза имена Венцла, додао у заградама погрешно објашњење: *професор римског права*. Упор. М. Савић, 43.

<sup>18</sup> „Славној Матици српској Лаза Костић“. Сигн. Р19Лат II 20.2, БМЧНС.

<sup>19</sup> Сигн. М 4841, РОМС.

<sup>20</sup> Уз консултације са аутором чланка, превод Костићеве докторске дипломе сачинила је др Милица Кисић Божић, доцент на Катедри за историју на Одсеку

Све до овог дела текста нема потпуно нових података, који нису били познати и раније. Очигледно је да се ту наводи све шта је Лаза Костић морао положити како би стекао право на одбрану доктората: прво да заврши четворогодишње студије права („које је годинама марљиво и прилежно изучавао“), да положи тзв. строге испите (ригорозуме) из таксативно наведених правних области, а потом да своје „тврдње“ одбрани у јавној расправи. Очигледно да се овде мисли на кандидатове већ штампане „тезе“, које је морао одбрани пред „опонентима“. Исто произлази и из насловне странице Костићевих *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis*, на којој стоји да је он стекао право да их брани ...*in Regia Scientiarum Universitate Pestiensis separatis examinibus rigorosis* („на пештанском Краљевском универзитету, положивши испите строности“) ...*pro consequendo juris universi doctori gradu* („ради стицања степена доктора свеукупног права“) и да се одбрана заказује: *Anno 1866. Kalendis majalibus hora meridiana* („Године 1866. првог маја у подне“).

4. Кључни податак следи тек у наставку текста Костићеве докторске дипломе, где се у седмом реду изричито помиње *dissertatio inauguralis*, која се никако не може поистоветити са *theses*, а још мање са *examinibus rigorosis*, строгим испитима који су претходили самој одбрани. У тексту изричито стоји: „пошто је израдио инаугурациону (докторску) дисертацију којом нам је у великој мери доказао своју ученост и вичност правној науци, са задовољством му додељујемо почаст која му припада, јер ју је врлином и поштеним учењем завредео. Стога, по праву које су нам за то доделили узвишени владари, поменутог изванредног, ученог и образованог Лазара Костића... проглашавамо доктором свеукупног права“. На основу тог академског звања он стиче право „да предаје на универзитету као професор, да на правна питања одговара и буде консултован, као и све друго што следује свим докторима правних наука, и то не само овде, у славној Краљевини Угарској и територијама које су јој присаједињене, већ – захваљујући привилегијама које је овом Краљевском универзитету милостиво уступио аустријски цар – и у свим другим наследним провинцијама аустријског цара, уз могућност да обавља све службе и високе јавне функције које изискују образовање правника, те уз сва друга права која по правилу уживају доктори правних наука са Царског и Краљевског универзитета, како у древном и славном Бечу, тако и другде. Додељујемо му, дакле, и уступамо све почести, права и привилегије које посвуда по обичају или закону припадају веродостојним и правим докторима права“. После навођења неколи-

---

медиевалистике Филозофског факултета у Новом Саду. Њена ужа специјалност су дипломатички и наративни извори на латинском језику с простора некадашње Угарске.

ко протоколарних напомена о форми издавања самог документа, на крају стоји да је диплома издата „У Пешти, у Угарској, првог дана месеца маја, лета Господњег 1866“, дакле, истог дана када је одржана и одбрана. Тај датум се спомиње и на првој страници *Теза*, када се заказује одбрана на мајске календе у подне, а и сам Костић обавештава Хаџића: „У понедељак, *prima die Calendae majales* /првог дана мајских Календа/, промовујем се.“

Увидом у својеручне потписе пештанских професора на дну дипломе, постаје јасно да је Костић у поменутом писму Јовану Ђорђевићу помињао управо једног од њих, Венцла. Заиста су импресивна звања и титуле обојице потписника, што нам потврђује да су на Костићевој одбрани тада били најугледнији професори пештанског Универзитета: први је Густав Венцел, „доктор слободних вештина, филозофије и оба права (цивилног и канонског), адвокат црквеног и цивилног суда, редовни члан Угарске академије наука, професор приватног права Угарске, а исто тако и рударског права, тренутно ректор Краљевског универзитета Угарске“, док је други потписник Теодор Паулер „члан Савета садашњег Светог царско-краљевског Величанства, доктор слободних вештина, филозофије и оба права, редовни професор природног и кривичног права, редовни члан Угарске академије наука, тренутно декан Правно-политичког факултета и проректор“.

Тиме је непобитно потврђено да је Костић, осим *theses*, имао и *dissertatio inauguralis*. Међутим, пошто се у самој докторској дипломи не помиње њен назив, наметнула се потреба даљег архивског истраживања са циљем да се открије и тај значајан податак. Из Костићеве преписке поуздано се знало да је српски песник безуспешно конкурисао за професора римског права и за неке друге предмете на Великој школи у Београду, па је било логично да се у Архиву Србије налази неки траг о томе. Пошло се од претпоставке да би евентуално могла да се пронађе Костићева пријава на конкурс или нека пропратна документација, чиме би се расветлио проблем назива, а можда и садржине његове дисертације. Нажалост, једино до чега смо дошли је копија докторске дипломе, званично оверена у Пешти, која се од оригинала разликује једино по далеко скромнијем спољашњем изгледу.<sup>21</sup>

5. Наша су се сазнања темељно изменила тек открићем докумената из архиве Универзитета „Етвеш Лоранд“ у Будимпешти (*Eötvös Lóránt Tudomány Egyetem*). У питању су драгоцене записници (протоколи) са свих испита Лазе Костића које је полагао током двогодишњих докторских студија 1864/1865. године, а по-

<sup>21</sup> Архив Србије, АС, МПКС, ф. VIII, р. 48/1883.

том и извештај о одбрани доктората.<sup>22</sup> Сви ти подаци сачувани су у деловодној књизи (матрикули), на латинском језику, која је имала значај јавне исправе (попут земљишних, матичних и других књига те врсте). Она нам потврђује да је Костић пре одбране доктората морао положити три „строга испита“, који су обухватили разне правне области. Први ригорозум (од 7. марта 1864) укључивао је: филозофију права, политичке науке и статистику Аустријске монархије, други (17. марта 1865): римско право, канонско право и угарско приватно право, а трећи (24. новембра): аустријско грађанско право, процесно право, кривично право, менично и трговинско право. Дакле, помињу се исти они предмети који су таксативно наведени и у Костићевој докторској дипломи.

Из записника се види да су се ригорозуми полагали пред четворочланом или петочланом комисијом, с професорима различитих струка, а да су међу њима најчешће били Венцел и Паулер, потписници Костићеве дипломе. На левој страни записника увек се потписује тадашњи декан, очигледно као председавајући, а на супротној страни су потписи осталих чланова комисије. У време првог ригорозума декан је био Александер Конек (+ Карваши, Паулер и Черни), на другом председава Аугуст Карваши (+ Венцел, Конек, Баинтнер и Черни), а исти састав комисије је поновљен и на поправном испиту, док је на трећем ригорозуму председавао тадашњи декан Теодор Паулер (+ Венцел, Карваши и Баинтнер). Свако од њих је био специјалиста за више правних области, па је разумљиво што су исти професори били укључени у различите комисије. Нажалост, њихови потписи су веома нечитки, па дугујемо захвалност др Јулији Варга, главној архивисткињи при Универзитету „Етвеш Лоранд“<sup>23</sup>, која не само што нам је омогућила да дођемо до ових поменутих докумената него је ишчитала имена свих професора и дошла до података о предметима на којима су били ангажовани:

Александер /Шандор/ Конек (*Kónek Sandor*) – професор финансијског права и статистике,

Аугуст /Агоштон/ Карваши (*Karvasy Ágoston*) – професор меничног и трговинског права,

Теодор /Тивадар/ Паулер (*Tivadar Pauler*) – професор кривичног права,

<sup>22</sup> Архив Универзитета ELTE (*Eötvös Lóránt Tudomány Egyetem*), sign. 7/e, vol. II.

<sup>23</sup> Приликом успостављања контакта са овом институцијом велику помоћ су ми пружили др Гојко Маловић из Архива Југославије и г. Золтан Бада из Српског института у Будимпешти, чија су ми љубазност и познавање оба језика омогућили несметану комуникацију и са другим архивима у Будимпешти: Мађарским државним архивом (*Magyarországos levéltár*), Националном библиотеком „Сечењи“ (*Országos Széchényi Könyvtár*) и др.

Густав Венцел (*Wenzel Gustáv*) – професор угарског приватног права, историје права и рударског права,

Жожеф Черни (*Cherny József*) – професор римског права, канонског и феудалног права,

Јанош Баинтнер (*Baintner János*) – професор аустријског грађанског права.

Из записника се види да су ригорозуми трајали и по два сата, да је први од њих Костић положио већином гласова, трећи једногласно, а да је на другом испиту пао из канонског права и морао је да га положе поново у року од два месеца. Костић је тај *examen suppletorium* положио у предвиђеном року (29. априла 1865), једногласном одлуком комисије, а испитивање је трајало читав сат.<sup>24</sup>

Тек на крају записника, на самом дну странице деловодне књиге, налазе се и подаци о одбрани Костићевог доктората, и то зачуђујуће кратки за тако важан испит, без помињања састава комисије и дужине трајања одбране, већ се само констатује:

*Exhibito dissertatione De legibus serbicis Stephani Uros Dusan*

*Disputavit die 1 Maii 1866*

*Promovit die 1 Maii 1866 in J.U.D.*

*Doct. Theodorus Paulus*

*h.t. Decanus*

Срећом, управо овај лапидарни запис пружио нам је један од најдрагоценијих података за нашу правну историографију, али и за боље сагледавање укупних домета српске културне елите у Угарској тога доба. Он не само да потврђује оно што је записано и у докторској дипломи – да је Лаза Костић, уз *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis*, имао још и *dissertatio* – већ нам се најзад открива и њен пун назив: *De legibus serbicis Stephani Uros Dusan* („О српском законодавству Стефана Уроша Душана“). Потом следе само кратке напомене да је Костић изложио овај рад (*exhibito dissertatione*) на јавној расправи (*disputavit*), одржаној 1. маја 1866. године и да је ис-

<sup>24</sup> Из Костићеве преписке (из марта 1864) закључујемо да му је тај испит задавао посебне проблеме јер је наручивао додатну литературу из те области: „Отите књижару Столету, па му реците, нека ми пошаље *per Nachnahme* /на његово име/ ове ствари: један талијанско-немачки и наопако лексикон, једну енглеску конверзацијону граматику, римске институције од Љаклдаја, Вастерово црквено право, и *Möhler repetitorim* и за римско и за црквено.“ *Препуска*, 65. Касније Костић исказује задовољство због положеног испита, али и младалачку осиноност, обојену његовим тадашњим антиклерикалним ставовима. Према сведочењу др Савића, из Пеште он пише: „У суботу сам полагао суплеторију из каноникума. Сад само мене бирајте на сабор, ако хоћете да утучете калуђере.“ М. Савић, 43.

тог дана промовисан (*promovit*) у академско звање *J(uris) U(niversi) D(occtor)*, у доктора свеукупног права, тј. „оба права“, и цивилног и канонског (*Iuris Utriusque Doctor*). Извештај је потписао Теодор Паулер, тадашњи декан (*hoc tempore Decanus*), потписник и Костићеве докторске дипломе (уз ректора Густава Венцла), која је тог истог дана и издата. Управо је у њеном тексту веома опширно наведено шта је све претходило стицању тог академског звања и шта оно надаље омогућује др Лази Костићу, тако да би, без познавања садржине дипломе, те штуре напомене биле тешко разумљиве. Отуда се та два документа складно допуњују.

6. Сазнање да је средином XIX века, усред Пеште, на латинском језику одбрањен докторски рад који је везан за нашу средњовековну правну историју, и то у време када Стојан Новаковић још није ни објавио критичко издање Душановог законика, заиста представља драгоцену откриће. Остаје нејасно зашто су до сада остали потпуно незапажени овде анализирани документи, не само Костићева докторска диплома, већ и драгоцену архивску грађу из Будимпеште. Нажалост, покушаји да се утврди да ли је и текст Костићеве дисертације остао негде сачуван остали су неуспешни, како у нашим тако и у мађарским архивама. У регистру штампаних издања Универзитета у Пешти од 1777. до 1877.<sup>25</sup> поменуто је само Костићев рад *Theses e(x) scientiis iuridicis et politicis* (Budae, typis reg. univers. Hungaricae, 1866), док се дисертација нигде не помиње. Није искључено да она није ни штампана јер је Костић тада своје богато наслеђе увелико трошио на боемски начин живота, због чега је већ у младости остао без дома и материјалне сигурности. Костићев буран живот, бројна сељакања и стално неспокојна егзистенција, уз његову изразиту немарност према својим списима, оставили су ненадокнадиву празнину онима који желе да изуче допринос овог свестраног ерудите у разним областима духовног стваралаштва, а поготово на пољу права.<sup>26</sup> Остаје нада да ће негде искрнути рукописна верзија Костићеве дисертације и да ће је неко открити, можда и случајно, као што се то десило са докторском дисертацијом Димитрија Матића, одбрањеном на Универзитету у Лајпцигу још 1847. године. Донедавно нам је био познат једино њен назив, али не и сама садржина.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> István Balogny, *A magyar királyi egyetemi nyomda termékeinek címjegyzéke 1777–1877*, Budapest 1882.

<sup>26</sup> Песников биограф Милан Савић бележи да је Костић већину својих писама уништавао. М. Савић, 203.

<sup>27</sup> Димитрије Матић, *Dissertatio de via qua Fichtii, Schellingii, Hegeliiue philosophia e speculativa investigaone Kantiana excolta sit* (*О путу којим се филозофија Фихтеа, Шеллинга и Хегела развила из Кантовог спекулативног истраживања*), Београд 2016. До овог открића дошао је наш угледни филозоф др Слободан Жуњић



Међутим, већ и ова открића отварају бројне нове недоумице у вези са Костићевим докторатом и његовом одбраном.

Када Костић у поменутој преписци каже: „првог дана мајских Календа, промовујем се“, наравно, тек пошто је претходно на докторском испиту „дишпутовао“ са „опонентима“, јасно је да говори управо о овом догађају. Ипак, сваког истраживача збуњује чињеница да Костић уопште не помиње назив докторске дисертације, ни овде ни на било ком другом месту, па је и то још један од разлога што су Костићеве *Theses* дуго погрешно називане „дисертацијом“. Још је већи проблем што у цитираном писму, када говори о дисертацији, Костић помиње једино професора Венцла, а не и Теодора Паулера, потписника записника са докторске „дишпутације“, а остаје нејасно и зашто су као „опоненти“ наведени само Суботић и Милетић. Они су такође били угарски доктори права, али не и професори, поготово не са факултета где се одбрана одржавала. Још је чудније што Јован Суботић, у својим обимним мемоарима, ниједном речју не помиње да је учествовао у тој одбрани<sup>28</sup>, а ни у до сада објављеној Костићевој преписци са обојицом „опонената“ нема никаквих података о томе. Сувишно је подсетити да се њихова имена нигде не наводе у званичном записнику са одбране.

Свакако није спорно да су они били 1. маја 1866. године укључени у поступак одбране јер Костић наводи чак и области из којих су му постављали питања: са Суботићем је „дишпутовао... из угарског права о коаквизицији“, а са Милетићем „из политике, нешто о изборној теорији“. Када се зна да су управо то теме Костићевих „теза“, које су претходно биле одштампане и доступне заинтересованим лицима, која су се, по ондашњој пракси, могла укључити у јавну одбрану – онда се њихова улога може и тиме објаснити. Остаје ипак нејасно ко је и зашто баш ту двојицу угледних Срба позвао да из Загреба и Новог Сада дођу у Пешту и укључе се у одбрану. Она се несумњиво водила у присуству Теодора Паулера, као председавајућег професора са пештанског Универзитета, а вероватно и осталих чланова комисије. На то указује и његов потпис на записнику са Костићеве одбране и свечане промоције, али и на самој докторској дипломи, уз потпис Густава Венцла – тадашњег ректора пештанског Универзитета, дакле, највишег представника те угледне академске институције, у чије је име Костићу тај документ званично и додељен („Ми, ректор и благостиви и гласовити Краљевски универзитет Угарске...“).

у архиви Лајпцишког универзитета и потом целокупан текст превео и приредио за штампу.

<sup>28</sup> Своје успомене објављивао је од 1901. до 1910. у Новом Саду, у пет свезака, под насловом *Живот Д-ра Јована Суботића*. У овом раду су цитати наведени према новијем издању: Ј. Суботић, *Автобиографија*, I–V, Нови Сад 2009.

Овај документ је драгоцен извор сазнања за правне историчаре јер нам осветљава процедуру стицања највиших академских звања на једном од најугледнијих европских универзитета тога доба. Управо је средина XIX века била период када се у Хабзбуршкој монархији приступило великој реформи високошколског образовања, названој *Thun-Hohensteinschen Universitätsreform*, према имену њеног покретача, тадашњег царског министра просвете (1849–1860).<sup>29</sup> Од бројних новина, једна је предвиђала и промене у условима за стицање доктората, тако што се звање доктора наука омогућавало и без *dissertatio*, само на основу три велика ригорозума, вероватно уобличена кроз *theses*. Међутим, изгледа је реформа грофа Туна из 1855. године још дуго била само слово на папиру јер из доступне литературе произлази да се чак и у самом Бечу стицање доктората одвијало и даље по старом систему, све до 1872. године.<sup>30</sup> Очигледно је да се ни у Пешти није поступало другачије јер се одбрана доктората Лазе Костића одвијала на стари начин. Ипак, зачуђује колико је мало пажње посвећено његовој *dissertatio inauguralis*, не само у званичном записнику већ и у Костићевој преписци.

7. Многи подаци указују на то да начин студирања, па и стицања доктората на Пештанском универзитету, није био увек исти ни у претходном периоду. Један од Костићевих „опонената“, др Јован Суботић (1817–1866), у својим мемоарима је записао да је прво добио диплому доктора филозофије, а потом на том универзитету „завршио три године јуридикских штудија..., док се на правним академијама предавало две“. Даље сазнајемо да је „јуридикку дисертацију... дишпутирао *sub auspiciis* /под покровитељством/ митрополита Станковића“ и да се 25. маја 1840. године његов факултетски труд завршио дипломом доктора права. Потом додаје: „Ипак није било у оно време обичај да се полагају ригорозни испити... (већ) само они који су ишли за тим да буду професори на филозофијским катедрама, правили су те испите. Није их било пуно, и понајвише чланова свештеничких редова. А доктора права било је у целој Угарској онда нас седам.“<sup>31</sup> Нажалост, нигде не помиње која је била тема његове дисертације.

<sup>29</sup> Опширно о томе Zoran Pokrovac (Hrsg.), *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, Frankfurt am Main 2007; Thomas Simon, „Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien – und Prüfungsordnung in Österreich“, 1–36; Katalin Gonczi, „Die Juristen ausbildung in Ungarn vom aufgeklärten Absolutismus bis zum Ende der Habsburgermonarchie“, 37–79. Недавно се појавио и зборник радова на ту тему Brigitte Mazohl, Christof Aichner (Hrsg.), *Die Thun-Hohenstein'schen Universitätsreformen 1849–1860: Konzeption, Umsetzung, Nachwirkungen*, Wien 2017.

<sup>30</sup> Тада је у Аустрији коначно усвојен нови систем стицања доктората. Упор. Hans Lentze, *Die Universitätsreform der Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Wien 1962, 260, 278.

<sup>31</sup> Ј. Суботић, *Автобиографија*, I део, Нови Сад 2009, 141, 144–145.

Напротив, за Јована Хаџића (1799–1869), који је на пештанском Универзитету студирао петнаестак година пре Суботића, знамо да је 1826. године докторирао на тему *De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam orthodoxae ecclesiae christi orientalis*.<sup>32</sup> Тај рад је веома близак савременом значењу појма „дисертација“ јер има уско одређену тему, већег обима (садржи педесетак страница), па је подељен на четири поглавља и 32 параграфа, постоје бројне фусноте, а на крају је *appendix* (додатак на осам страница), у коме кандидат наводи опширан попис „неких збирки, нарочито канонског права који се у Источној цркви – чак и у питањима брака – узимају као извор и водич“ и придодаје садржај дисертације (*conceptus dissertationis*). Тек потом следи део, од свега три странице, који по свом називу и структури неодољиво подсећа на докторске „тезе“ Лазе Костића. Тај спис је такође насловљен *Theses ex universa Jurisprudentia et scientiis politicis* („Тезе из васколике правне науке и политичких студија“)<sup>33</sup> и садржи слична поглавља као и Костићев: *Ex jure naturae, publico universali et gentium, Ex jure ecclesiastico, Ex jure civili Romano, Ex jure criminali, Ex jure Hungarico, Ex scientiis politicis* (из природног права, општег јавног и међународног, црквеног, римског, кривичног, угарског права и тзв. „политичких“ наука), која имају укупно тридесетак тема, једноставних „сентенци“ (=теза) које су груписане у одговарајућим поглављима.<sup>34</sup>

Јасно је чак и неправнику да се овде ради о два потпуно самостална дела: први, који се назива „дисертација“, додуше не у самом наслову, али се попис поглавља на крају списка јасно означава терминима *conceptus dissertationis* (садржај дисертације), док је део који следи, сасвим другог карактера, насловљен *Theses ex universa jurisprudentia et scientiis*.

Још раније је докторат у Пешти одбранио Сава Текелија (1761–1842), тачно осам деценија пре Лазе Костића, 1786. године, под називом: *Dissertatio ivridica de cavusa, et fine civitatis*. Овде се већ у наслову јасно истиче да је реч о *Dissertatio*, која има сасвим конкретну тему, обрађену на петнаестак страница на латин-

<sup>32</sup> Јован Хаџић, *О узроцима развода брака, према учењу Источне православне цркве Христове* (превод са латинског и коментари В. М. Тодоровић), Матица српска, Нови Сад 2009, 23–134 (даље: *О узроцима развода брака*).

<sup>33</sup> *Ibid.*, 125–126. В. М. Тодоровић је овај наслов превео исувише слободно: „Тезе из права сваке врсте и политичких студија“. Термин *jurisprudentia* у правничкој струци има сасвим одређено значење: правна наука.

<sup>34</sup> Необично је да се у пропратном чланку уз сам превод, индикативног назива *О докторској дисертацији*, том питању уопште не посвећује пажњу, мада оно отвара низ дилема о карактеру и врстама научних радова који су се бранили на Пештанском универзитету. Гордана Ковачек Станић, „О докторској дисертацији“, *О узроцима развода брака*, 145–164.

ском језику, па је садржина подељена на 29 параграфа, са доста фуснота. Следи део од осам страница, насловљен *Positiones ex vniuersa iurispvudentia* („Тезе из свеукупне правне науке“),<sup>35</sup> које су подељене (као код Костића и Хаџића) на тематска поглавља којима је обухваћена општа правна култура: *Ex ivre natvrali*, *Ex publico vniuersali*, *Ex ivre gentivum*, *Ex ivre civili romano*, *Ex ivre criminali*, *Ex ivre ecclestiatico pvblico*, *Ex ivre ecclestiatico privato*, *Ex ivre hvngarico* (из природног права, општег јавног права, међународног права, римског, кривичног, јавног и приватног црквеног, из угарског права). Ова поглавља садрже 44 „тезе“ груписане у оквиру наведених целина (као код Костића и Хаџића).

О неуједначеној пракси приликом стицања доктората говоре и подаци о Густаву Венцлу и Теодору Паулеру. Први је 1836. године одбранио у Пешти докторску дисертацију „О изворима угарског приватног права“<sup>36</sup>, која обухвата 52 странице, док је Паулер исте године одбранио рад од осам страница „Тезе из свеколике јуриспруденције и политичких наука“.<sup>37</sup> Иначе, он је предавао и на *Краљевској правословној академији* у Загребу (претечи Правног факултета) од 1838. до 1847. године.<sup>38</sup>

8. За нашу тему је посебно значајна одбрана још једног знаменитог српског правника, Николе Крстића (1829–1902), који је на пештанском Универзитету 17. јула 1854. године „дишпутовао“ рад уобичајеног назива: *Theses ex scientiis juridicis et politicis*. Без архивске грађе немогуће је знати да ли је Крстић уз ове *theses* имао и одговарајућу *dissertatio inauguralis*. Индикативно је да је Стојан Новаковић, у *Споменици* посвећеној „ступању у живот задужбине покојникове“, навео не само потпуни назив овог докторског рада (укључујући и кандидатове податке са импресума одштампаних примерка)<sup>39</sup> него указује и на веома важну чињеницу: „Каракте-

<sup>35</sup> Термин *positiones* се овде користи као синоним за *theses*.

<sup>36</sup> Gustav Wenzel, *Dissertatio inauguralis juridica de fontibus juris privati Hungarici, et theses e scientiis juridicis ac politicis*, Pestini mense Majo 1836. Један примерак се налази и у архиви ЈАЗУ (ХАЗУ) у Загребу (*Sign. 14.302-Rn*).

<sup>37</sup> Theodorus Pauler, *Asserta ex universa jurisprudentia et scientiis politicis*, Budaе 1836. *Typ. reg. universitatis*.

<sup>38</sup> *Mjesečnik*, Zagreb 1886, 244 (nekrolog). Паулер је касније имао и успешну политичку каријеру у Угарској, прво као министар вера и просвете, а потом и двапут на месту министра правде (1872, 1878). У архиви Националне библиотеке у Будимпешти налазе се његови још необјављени дневнички записи (*Diary of Tivadar Pauler*. National Szecheny Library, Manuscript Collection, Quart. Hung. 2611/1.29 f. verso). Упор. Anna Tüskés, *The Library of the Lawyer and Justice Minister Tivadar Pauler (1816–1886) in 1872.*, КНИНА, 2016, 265–276, <http://real.mtak.hu/52240/>, 15. јануар 2018.

<sup>39</sup> *Nicolaus Krstić, Theses ex scientiis juridicis et politicis, quas in c. r. sc. Universitate Pestana superatis examinibus rigorosis consensu l. facultatis juridicae pro*

ристично је како се у многим питањима тога испита узима обзир на српско право.<sup>40</sup> То потврђује кратком анализом појединих грана права које су обухваћене у Костићевим тезама (канонско, римско, угарско право, па и у поглављу о статистици) и закључује да је „докторски кандидат у Пешти гледао на правну науку и како је српском праву, и у историји и у садашњости, свуда тражио његово место“. Сазнајемо и да је Крстић после завршеног испита проглашен за „доктора целокупног права“ а да му је диплома издата „18-ог јула 1854, дакле одмах сутра дан по испиту“ и да је „годину дана позније, 11-ог јуна 1855, Николу Крстића пештански Правни факултет нарочитом дипломом примио за свога члана и дао му сва права и повластице које у Угарској уживају чланови тога факултета“.<sup>41</sup> Новаковић нам открива и да је „Крстићу пробудио укус за правну историју... један од његових пештанских професора, Густав Венцел, који се одликовао изучавањем угарских правних споменика и расправама о историји права“.<sup>42</sup> Није искључено да је деценију касније тај исти професор имао одлучујући утицај и на Лазу Костића, управо када се опредељивао за тему докторске дисертације. Вероватно није сасвим случајно што је у писму у којем говори о предстојећој одбрани поменуо баш његово име.

Наведени подаци су вишеструко значајни: прво, што видимо да је Крстић, изгледа, само на основу „теза“ постао *doctor iuris universi* и стекао веома висок академски статус и, друго, да је већ тада област његовог посебног интересовања било средњовековно српско право, које је упоређивао са римским, канонским, угарским итд.

Међутим, треба имати у виду да је Крстић већ у јуну 1851. године стекао докторат филозофије (што је у Угарској била нека врста више гимназије), чиме је испунио услов да отпочне студије права. Додуше, и пре него што их је завршио, он је 1853. године, са само 25 година, добио место професора на Лицеју у Београду, где је на тек отвореној катедри предавао *енциклопедију права и историју законознања*.<sup>43</sup> Те исте године постао је члан *Друштва Српске словесности* и именован је у Школску комисију при Министарству про-

---

*consequenda laurea doctoris juris universi publice propugnantis Nicolaus Krstić aa. ll. et philosophiae doctor, in Liceo principatus Serbiae albagraecensi encyclopediae et historiae juris profesor, nec comissionis scholasticae ejatus membrum, Pestini 1854.*

<sup>40</sup> Споменица Др. Николе Крстића, СКА, Београд 1908, 11.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>43</sup> Занимљиво је да је управо Крстић предложио Светозару Милетићу, бечком доктору права, да на Лицеју предаје *римско право и народну економију*, али овај то није прихватио већ се у Новом Саду од 1857. почео бавити адвокатуром. Дејан Микавица, *Политичка идеологија Светозара Милетића*, Београд 2006, 16–17.

свете.<sup>44</sup> И све се то догађало само десетак година пре Костићеве одбране на том истом универзитету. Мада је Крстић био „пречанин“, он је са места гимназијског професора у Новом Саду прешао у Србију на изричит позив Платона Симоновића, *главног инспектора училишта* тадашње Кнежевине.<sup>45</sup> Међутим, када је Лаза Костић, пештански *doctor utriusque iuris*, желео да постане професор на Великој школи у Београду, његови покушаји су се завршили неславно, између осталог и због тога што је тадашњи министар просвете, моћни Стојан Новаковић, био ненаклоњен „војвођанским“ кадровима.<sup>46</sup>

Остаје, на крају, потреба да се одговори и на питање зашто се Лаза Костић у својој докторској дисертацији окренуо нашој средњовековној правној историји, односно Душановом законодавству? Очигледно је да он у томе није био први на пештанском Правном факултету јер се истом облашћу већ бавио и Никола Крстић у својим „тезама“, упоређујући древне српске правне институције са онима у римском и канонском праву, као и са тада важећим угарском правом.

Нашу пажњу је привукла једна необична подударност: Никола Крстић је 1854. године одбранио докторат и истовремено објавио у *Гласнику друштва Србске Словесности* рад под називом: *Разматрања о Душановом законуку*.<sup>47</sup> Могуће је претпоставити да је то евентуално била и његова *dissertatio inauguralis* (уз већ помену-те *theses*), коју је са латинског превео и потом објавио у поменутом стручном часопису. Међутим, томе у прилог не иде чињеница да педантни Новаковић, у детаљно написаној радној биографији Николе Крстића, на чак стотину страница, нигде не помиње докторску дисертацију.<sup>48</sup> О томе не говори ни Крстић у својим дневничким записима, који у рукопису обухватају преко четири хиљаде страница.<sup>49</sup> Додуше, ни о Костићевој дисертацији нису говорили његови савременици, хроничари, биографи, па ни сам песник, тако да нам је њен назив, па и само постојање, открио један једини архивски документ, записник са одбране, у коме је професор др Теодор Паулер својим потписом потврдио да је *Lazarus Kostic exhibitio* („изложио“) и *disputavit* („дишпутовао“) *dissertatio De legibus serbicus Stephani Uros*

<sup>44</sup> Драган Николић, „Никола Крстић – први професор правне историје на београдском Лицеју“, *Архив за правне и друштвене науке* 43, 1/1987, 81–88.

<sup>45</sup> *Споменица*, 10.

<sup>46</sup> Живомир Младеновић (ур.), *Избор Лазе Костића за члана Српског ученог друштва и Академије наука, Зборник радова*, XVII, књ. 2, САНУ, Београд 1952, 419.

<sup>47</sup> *Гласник*, бр. VI за 1854. годину, 88–149.

<sup>48</sup> *Споменица*, 1–100.

<sup>49</sup> Сачувани су у Архиви САНУ и објављени у осам томова: Никола Крстић, *Дневник приватног и јавног живота*, I–VIII, Београд 2005–2007.

*Dusan*. Уколико би иста потврда постојала и за Крстићеву *dissertatio*, тек би се тада могао дати одговор на постављено питање.

Што се тиче Лазе Костића, сасвим је могуће претпоставити да му је био познат Крстићев текст о Душановом законодавству, а можда и његови касније објављени радови на ту тему *О државном строју*<sup>50</sup> и *Разматрања о старом српском праву на основу старих писмених споменика и Душановог законика*.<sup>51</sup> Додуше, о њима није имао посебно високо мишљење ни Новаковић јер је после више од пола века од њиховог штампања сматрао да су се „нека тврђења... о старом српском праву могла истаћи само по недовољном познавању наших правних извора и не би се могла данас онако поставити“<sup>52</sup>, а ту оцену следи и савремена историјска наука. Међутим, његова истраживања су први зачеци правноисторијске науке у нас и Крстић се сматра оснивачем те правне дисциплине на београдском Универзитету.<sup>53</sup> Без обзира на то да ли су *Разматрања о Душановом законнику* била уједно и *dissertatio* овог пештанског докторанда, несумњиво је да је рад на том тексту морао тећи упоредо са припремом његових докторских *Theses ex scientiis juridicis et politicis*. На то указује чињеница да су се та два рада тематски преплитала јер их је кандидат упоредним методом садржински повезивао, па су отуда и могли бити објављени исте године, један у Пешти, а други у Београду.

Шта је још могло бити доступно Лази Костићу при изради дисертације о законодавству цара Душана? Познато је да је чувени словачки слависта Павел Јозеф Шафарик дао велики допринос постављању темеља за критичко издање *Законика*. Он је још 1831. описао три тада позната преписа (Ходошки, Раковачки и Раванички)<sup>54</sup> и потом је 1838. у едицији Андреја Кухарског штампао *Законик* на ћирилици и латиници и немачки превод Раковачког преписа, са извесним допунама из Ходошког.<sup>55</sup> До средине XIX века знало се за само десет преписа. Толико их је набројао Шафарик у своме новом издању

<sup>50</sup> *Гласник*, бр. VII за 1855. годину, 22–85.

<sup>51</sup> *Гласник*, бр. IX за 1857. годину, 60–126. и бр. XI за 1859. годину, 204–261.

<sup>52</sup> *Споменица*, 12.

<sup>53</sup> Sima Avramović, „Nastanak i razvitak pravnoistorijskih predmeta na Pravnom fakultetu u Beogradu“, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 5–6/2013, 921–944.

<sup>54</sup> Paul Joseph Schaffarik, *Übersicht der vorzüglichsten schriftlichen Denkmäler älterer Zeiten bey den Serben und anderen Südslawen*, in: *Jahrbücher der Literatur* 53/1831, 1–58. Одељак о преписима Душановог законодавства изнова је прештампан 1865. године у Шафариковом *Geschichte der serbischen Literatur*, Prag 1865, 221–225 (Павел Јозеф Шафарик, *Историја српске књижевности*, Београд – Нови Сад 2004, 158–161).

<sup>55</sup> Andreas Kucharski, *Antiquissima monumenta iuris Slovenici*, Varsaviae 1838, 92–211.

*Законика* (1851), за чију је основу узео Ходошки препис.<sup>56</sup> Тешко је претпоставити да се двојица пештанских доктораната која су се том темом бавила нису користила поменутиим Шафариковим издањем, иако је објављено у тиражу од само 125 примерака. Та неповољна околност донекле је превазиђена чињеницом да је Франц Миклошич прештампао Шафариково издање *Душановог законика* 1856. године<sup>57</sup>, а у примерку те књиге који се чува у Библиотеци САНУ налазе се управо Крстићеве белешке и коментари. Лази Костићу је, разуме се, могло бити доступно и Миклошичево издање *Законика*, али и његов обимни зборник извора средњовековног српског права *Monumenta Serbica Spectantia Historiam Serbiae Bosniae Ragusii*, издат у Бечу 1858. године.<sup>58</sup> Стојан Новаковић чак сматра да је Крстић и одустао од даљих наставака својих чланака о старом српском праву јер су се у међувремену „нова грађа и нови подаци намножили толико да је требало све изнова започињати“.<sup>59</sup> Тиме се отворио празан простор у коме је Лаза Костић могао дати нови допринос, поготово јер је тадашњи друштвени, културни и политички амбијент за то био повољан.

Наиме, после револуционарних догађаја из 1848–1849. године (тзв. Пролеће народа), интерес за национално-романтичарске теме постао је опште место многих словенских народа у Хабзбуршкој монархији, па и војвођанских Срба. То се огледало и на пољу права. Није случајно баш Шафарик, тадашњи директор Српске гимназије у Новом Саду, започео рад на рукописима Душановог законика јер су „у Војводини те врсте истраживања биле једино и могуће, пошто је остали део српских земаља или чамиио у варварскоме ропству или је био још неспособан за ову врсту научних напора. Ови су у слободној Србији и у Црној Гори и очекивани од Војводине, њој намењивани и њој препуштани“.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Pavel Josef Šafařík, *Okázky občanského písemnictví*, V, Praze 1851, 29–50. Друго издање приредио је његов зет Јосиф Јиречек 1870.

<sup>57</sup> Franz Miklosich, *Lex Stephani Dušani*, Vindobonae 1856 (објављено за потребе његових семинарских вежбања на Бечком универзитету).

<sup>58</sup> Искрпно о свим преписима Душановог законика Ђорђе Бубало, *Душанов законик*, Београд 2010, 25–63. Аутору ове студије дугујемо колегијалну захвалност на корисним саветима око садржине овог дела чланка.

<sup>59</sup> *Споменица*, 24. Штавише, Крстић је већ 1862. године напустио професуру и каријеру наставио као начелник полицијског одељења у Министарству унутрашњих дела. *Ibid.*, 12. Осим наведених издања и студија о Душановом законнику, до средине шездесетих година XIX века објављени су и резултати учених истраживања старог српског права из пера Вацлава Мађејовског, Франтишка Палацког и Аполона Александровича Мајкова. Библиографски подаци и коментар ових дела у: Никола Радојчић, „Век и по проучавања Душанова законодавства“, *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана* (ур. Н. Радојчић), Београд 1951, 219–226.

<sup>60</sup> Никола Радојчић, *Законик цара Стефана Душана, 1349 и 1354*, Београд 1960, 7.



Можемо закључити да су, без одговарајуће историјске грађе, поменуте претпоставке једино што нам преостаје, али већ и оне саме могу бити користан путоказ за будућа истраживања. У претходном раду смо указали на потенцијалну неоснованост до сада априорних тврдњи о стицању доктората Лазе Костића и показало се, захваљујући новим архивским документима, да је могуће померити границе наших сазнања о правничким донетима српског песника. У том уверењу треба наставити трагање за документима који могу помоћи у решавању овде отворених дилема, а поготово за докторском дисертацијом Лазе Костића, за сада недокучивим „светим Гралом“, који би правним историчарима расветлио многа овде постављена питања.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Avramović, S., „Nastanak i razvitak pravnoistorijskih predmeta na Pravnom fakultetu u Beogradu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5–6/2013.
- Balogny, I., *A magyar királyi egyetemi nyomda termékeinek címjegyzéke 1777–1877*, Budapest 1882.
- Баста, Д., *Самопоштовање и пузавост 3*, Београд 2015. (Basta, D., *Samopoštovanje i puzavost 3*, Beograd 2015)
- Бубало, Ђ., *Душанов законик*, Београд 2010. (Bubalo, Đ., *Dušanov zakonik*, Beograd 2010)
- Бујуклић, Ж., „Одбрана доктората песника Лазе Костића у Пешти 1866. године: ‘Dissertatio’ или ‘Theses’?“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 7 (ур. С. Лилић), Београд 2017. (Bujuklić, Ž., „Odbrana doktorata pesnika Laze Kostića u Pešti 1866. godine: ‘Dissertatio’ ili ‘Theses’?“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, knjiga 7 (ur. S. Lilić), Beograd 2017)
- Hadžić, J., *De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam orthodoxae ecclesiae christi orientalis* (О узроцима развода брака, према учењу Источне православне цркве Христове), превод са латинског и коментари В. М. Тодоровић, Нови Сад 2009. (Hadžić, J., *De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam orthodoxae ecclesiae christi orientalis* (O uzrocima razvoda braka, prema učenju Istočne pravoslavne crkve Hristove), prevod sa latinskog i komentari V. M. Todorović, Novi Sad 2009)
- Костић, Л., *Препуска*, I том, Нови Сад 2005. (Kostić, L., *Prepiska*, I том, Novi Sad 2005)

- Kostić, L., *Theses e scientiis iuridicis et politicis (Teze iz правних и политичких наука)*, Матица српска, Нови Сад 2011. (Kostić, L., *Theses e scientiis iuridicis et politicis (Teze iz правних и политичких наука)*, Matica srpska, Novi Sad 2011)
- Крстић, Н., *Дневник приватног и јавног живота*, I–VIII, Београд 2005–2007. (Krstić, N., *Dnevnik privatnog i javnog života*, I–VIII, Beograd 2005–2007)
- Kucharski, A., *Antiquissima monumenta iuris Slovenici, Varsaviae 1838.*
- Матић, Д., *Dissertatio de via qua Fichtii, Schellingii, Hegeliique philosophia e speculativa investigaone Kantiana exculpta sit (О путу којим се филозофија Фихтеа, Шелинга и Хегела развила из Кантовог спекулативног истраживања)*, Београд 2016. (Matić, D., *Dissertatio de via qua Fichtii, Schellingii, Hegeliique philosophia e speculativa investigaone Kantiana exculpta sit (О путу којим се филозофија Фихтеа, Шелинга и Хегела развила из Кантовог спекулативног истраживања)*, Beograd 2016)
- Lentze, H., *Die Universitätsreform der Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Wien 1962.
- Mazohl, B., Aichner, C. (Hrsgs.), *Die Thun-Hohenstein'schen Universitätsreformen 1849–1860: Konzeption, Umsetzung, Nachwirkungen*, Wien 2017.
- Микавица, Д., *Политичка идеологија Светозара Милетића*, Београд 2006. (Mikavica, D., *Politička ideologija Svetozara Miletića*, Beograd 2006)
- Микавица, Д., *Лаза Костић, политичка биографија*, Нови Сад 2011. (Mikavica, D., *Laza Kostić, politička biografija*, Novi Sad 2011)
- Miklosich, F., *Lex Stephani Dušani, Vindobonae 1856.*
- Младеновић, Ж. (ур.), *Избор Лазе Костића за члана Српског ученог друштва и Академије наука*, Зборник радова, XVII, књ. 2, САНУ, Београд 1952. (Mladenović, Ž. (ur.), *Izbor Laze Kostića za člana Srpskog učenog društva i Akademije nauka*, Zbornik radova, XVII, knj. 2, SANU, Beograd 1952)
- Николић, Д., „Никола Крстић – први професор правне историје на београдском Лицеју“, *Архив за правне и друштвене науке* 43, 1/1987. (Nikolić, D., „Nikola Krstić – prvi profesor pravne istorije na beogradskom Liceju“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 43, 1/1987)
- Pauler, T., *Asserta ex universa jurisprudentia et scientiis politicis*, Budae 1836.
- Pokrovac, Z. (Hrsg.), *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, Frankfurt am Main 2007.

- Радојчић, Н., „Век и по проучавања Душанова законодавства“, *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана* (ур. Н. Радојчић), Београд 1951. (Radojčić, N., „Vek i po proučavanja Dušanova zakonodavstva“, *Zbornik u čast šeste stogodišnjice Zakonika cara Dušana* (ur. N. Radojčić), Beograd 1951)
- Радојчић, Н., *Законик цара Стефана Душана, 1349 и 1354*, Београд 1960. (Radojčić, N., *Zakonik cara Stefana Dušana, 1349 i 1354*, Beograd 1960)
- Савић, М., *Лаза Костић*, Београд 2010. (Savić, M., *Laza Kostić*, Beograd 2010)
- Schaffarik, P. J., *Übersicht der vorzüglichsten schriftlichen Denkmäler älterer Zeiten bey den Serben und anderen Südslawen*, in: *Jahrbücher der Literatur* 53/1831.
- Šafařík, P. J., *Okázky občanského písemnictví*, V, Praze 1851.
- Schaffarik, P. J., *Geschichte der serbischen Literatur*, Prag 1865.
- Шафарик, П. Ј., *Историја српске књижевности*, Београд – Нови Сад 2004. (Šafarik, P. J., *Istorija srpske književnosti*, Beograd – Novi Sad 2004)
- Споменица Др. Николе Крстића*, СКА, Београд 1908. (*Spomenica Dr. Nikole Krstića*, SKA, Beograd 1908)
- Суботић, Ј., *Автобиографија, I–V*, Нови Сад 2009. (Subotić, J., *Autobiografija, I–V*, Novi Sad 2009)
- Шаркић, С., „Римско право у докторској дисертацији Лазе Костића“, *Антика, савремени свет и рецепција античке културе* (ур. К. Марицки Гађански), Београд 2012. (Šarkić, S., „Rimsko pravo u doktorskoj disertaciji Laze Kostića“, *Antika, savremeni svet i recepcija antičke kulture* (ur. K. Maricki Gađanski), Beograd 2012)
- Tekelij, S., *Dissertatio ivridica de cavsa, et fine civitatis* (*Правна дисертација о узроку и циљу постојања државе*), превод са латинског и коментари В. М. Тодоровић, Нови Сад 2009. (Tekelij, S., *Dissertatio ivridica de cavsa, et fine civitatis* (*Pravna disertacija o uzroku i cilju postojanja države*), prevod sa latinskog i komentari V. M. Todorović, Novi Sad 2009)
- Tüskés, A., *The Library of the Lawyer and Justice Minister Tivadar Pauler (1816–1886) in 1872.*, КНИНА, 2016, <http://real.mtak.hu/52240/>, 15. јануар 2018.
- Wenzel, G., *Dissertatio inauguralis juridica de fontibus juris privati Hungarici, et theses e scientiis juridicis ac politicis*, Pestini mense Majo 1836.
- Wurzbach von, C., *Biographisches Lexikon des Kaisertums Österreich*, I–LX, Wien 1856–1891.

Žika Bujuklić, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

DISSERTATIO INAUGURALIS OF SERBIAN POET LAZA  
KOSTIĆ: „DE LEGIBUS SERBICIS STEPHANI UROS DUSAN“

*Summary*

On the basis of the archival material he recently discovered, the author provides the answer to the question he asked in his recently published paper: „Defense of doctorate by Serbian poet Laza Kostić in Pest in 1866: Dissertatio or Theses?“ By analyzing the previously unknown contents of Kostić’s doctoral diploma and original records from his doctoral examinations at the Royal University in Pest (1864–1866), the author concludes that Laza Kostić was awarded the title of „Doctor of General Law“, both civil and canonical (doctor *universi iuris, utriusque iuris*), on the basis of defending the work of a smaller volume „*Theses e(x) scientiis juridicis et politicis*“, but also by the presentation of *dissertatio inauguralis* called „De legibus serbicus Stephani Uros Dusan“. The author believes that this information significantly complements our knowledge of the study of Dušan’s legislation in the mid-nineteenth century and enables us to better understand the overall extent of Serbian cultural elite in Hungary at that time.

Key words: *Laza Kostić. – Defense of the doctorate. – Theses. – Dissertatio inauguralis. – Dušan’s legislation.*

Article history:

Received: 15. 1. 2018.

Accepted: 28. 2. 2018.

Др Драгана Коларић\*

Др Саша Марковић\*\*

## ПОЈЕДИНЕ НЕДОУМИЦЕ У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

*Раd садржи анализу појединих одредаба Закона о спречавању насиља у породици и првих ефеката његове примене. Одмах на почетку се поставља питање оправданости Закона о спречавању насиља у породици. Данас се ударне вести у колумнама свакодневно односе на насиље међу члановима породице, нарочито мушкараца над женама и децом. Главна полемика у медијима води се о томе да ли су државни органи и друштво у целини предузели све што је неопходно да до насиља не дође.*

*Аутори указују на неприхватљиву терминологију законодавца. Постављају многобројна питања и на нека од њих покушавају да дају одговоре пратећи норме закона. Ко је могући учинилац насиља у породици? Која је врста поступка у питању? Улога браниоца у овом поступку? Да ли хитне мере имају превентивну или репресивну улогу? Да ли је њихово изрицање постало доминантан начин спречавања и сузбијања насиља у породици? Да ли је угрожено право на слободу могућег учиниоца? Какви су први ефекти оваквог начина рада државних органа, пре свега полиције, јавног тужилаштва и суда? Како спречити евентуалне злоупотребе?*

*Један од ефеката примене Закона о спречавању насиља у породици требало би да буде превенција – смањење броја кривичних дела насиља у породици. Међутим, анализом доступних података аутори закључују управо супротно. То значи да држава није на најбољи начин, са строгим научним резонем и објективним приступом, одговорила на проблем насиља у породици, који је предмет доктринарне анализе у овом раду.*

Кључне речи: *Насиље у породици. – Спречавање. – Хитне мере. – Полиција. – Могући учинилац.*

---

\* Ауторка је редовни професор Криминалистичко-полицијске академије и судија Уставног суда Републике Србије, [dragana.kolaric@kpa.edu.rs](mailto:dragana.kolaric@kpa.edu.rs).

\*\* Аутор је доцент Криминалистичко-полицијске академије, [sasa.markovic@kpa.edu.rs](mailto:sasa.markovic@kpa.edu.rs).

„Људи би били велики злочинци  
када би им било потребно толико за-  
кона колико их стварају.“<sup>1</sup>

Чарлс Џон Дарлинг  
(*Charles John Darling*)

## 1. УВОД

Насиље у породици представља појавни облик насилничког криминалитета који бележи успон у последњој деценији. Изражавајући одлучност у супротстављању насиљу у породици, законодавац усваја Закон о спречавању насиља у породици<sup>2</sup> (у даљем тексту: ЗСНП) заснован на *pre-crime* концепту<sup>3</sup>, који надлежним државним органима даје шире надлежности у односу на оне које имају у традиционалном *post-crime* концепту.<sup>4</sup> Већ сада изражавамо озбиљну забринутост, али и скепсу у погледу прихватања појединих нових инкриминација у кривичном законодавству, због расплутости и коришћења широких формулација у појединим међународним документима, што је довело до још екстензивнијих тумачења у националном праву и доношења нових прописа. Жан-Клод Шесне (*Jean-Claude Chesnais*), у својој чувеној књизи *Историја насиља* истиче да је, због погрешне употребе, појам насиља банализован и донекле сведен на означавање било чега, сваког сукоба, сваке тензије, сваке напетости, сваке неједнакости, сваке хијерархије.<sup>5</sup> У теорији се указује на банализацију појма насиља и поставља се питање да ли економско насиље укључује, осим оног што у први мах јесте насиље – на пример, изнуду, уцену и онемогућавање партнера манипулативним радњама да се запосли, напредује у послу или да се школује, трошење новца ради искључивог задовољења својих потреба, одно-

---

<sup>1</sup> *Ризница правних изрека*, Београд 2007, 176.

<sup>2</sup> Закон о спречавању насиља у породици – ЗСНП, *Службени гласник РС*, бр. 94/16.

<sup>3</sup> *Pre-crime* концепт је појам који се користи у криминологији и означава тренд савремених кривичноправних система да се све више фокусирају на спречавање конкретних кривичних дела која још нису извршена и можда никада и не би била извршена. Вид. Радован Лазић, Снежана Ненадић, „Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици“, *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2017, 493.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Henri Dorvil, „Ouvrage recense: Jean-Claude Chesnais, Histoire de la violence, Paris Édition Robert Laffont, Collection Les hommes et l’histoire“, *Nouvelles pratiques sociales* 1/1988, 202.

сно да ли има основа и смисла све наведено назвати насиљем, ма колико да је племенит циљ који нас води.<sup>6</sup> Концепт заштите од насиља у породици афирмише апсолутну и безусловну пацификацију у породичним и интимним релацијама законски релевантних субјеката. Насилни акт у породичним и интимним релацијама апсолутно је недозвољен, без обзира на евентуалну изазваност или оправданост. Дакле, „у модерном микрокосмосу“ породичне и интимне сфере акт насиља није дозвољен. Занимљива је аналогија да ли је „у модерном макрокосмосу“, у друштву, држави или у међународним односима акт насиља (не)дозвољен, без обзира на (не)оправданост (стварну или корисну).<sup>7</sup> Како се оправдано истиче, искрена борба против насиља мора бити универзална и неселективна. Лицемерно је глумити Махатму Гандија у појединим друштвеним сегментима и мање комплексним друштвеним областима, а понашати се супротно Гандију, као „ужежени активиста у процесу линча на дивљем западу“, у његовој аутентичној сфери: друштвеној и политичкој борби за правду и ненасиље. Како веровати у нелукративну племенитост оних који се згражавају када се неко „политички некоректно титулише“, а остају неми када се зарад, рецимо, нафтног интереса убијају деца, жене и цивили и миљама далеко.<sup>8</sup>

Сви који се баве насиљем у њему препознају свеprisутан друштвени феномен који има пресудну улогу у интерној структурализацији друштва. Парадоксално је што његов пресудан значај треба довести у везу с недовољно стриктном употребом речи насиље у различитим историјским изворима.<sup>9</sup> Али, потпуно је сигурно да друштвена средина у којој долази до насиља утиче на однос који људи имају према тим појавама и на природу њихових реакција.<sup>10</sup> Такви субјективни погледи на насиље, као и социјалне и политичке прилике у којима се оно одвија, често се могу оспоравати.<sup>11</sup> Зашто? Зато што се насиље знатно чешће јавља у извесним круговима, у

<sup>6</sup> Биљана Симеуновић Патић, „О насиљу и теоријским приступима његовом објашњењу“, *Насиље у Србији – облици, чиниоци, контрола* (ур. Б. Симеуновић Патић), први део, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2015, 3.

<sup>7</sup> Слободан Панов, „Насиље у породици – позитивно правни контрапунктови“, *Насиље у породици* (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 37.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Adrien Bayardet, „Les mots de la violence“, *Hypothèses* 1/2013, 239.

<sup>10</sup> Вид. Елизабет Станко, „Насиље“, *Енциклопедија друштвених наука* (ур. А. Купер, Ц. Купер), II том, Службени гласник, Београд 2009, 888.

<sup>11</sup> Да је заиста реч о субјективном доживљају, потврђено је и у следећим редовима. Како се тврди: „отпор насиљу може бити дело појединца, као у случају када злостављена жена убија своје нападаче, или може бити колективни чин, као у случају оружаних побуна против државних режима. Учесници у јавним расправама,

одређеним амбијенталним условима и у одређеним приликама. Дана се ударне вести у колумнама свакодневно односе на насиље међу члановима породице, нарочито мушкараца над женама и децом. У медијима се води главна полемика о томе да ли су државни органи и друштво у целини предузели све што је неопходно да до насиља не дође.

Као што видимо, један од новијих облика насилничког криминалитета (осим традиционалних кривичних дела као што су: убиства, телесне повреде, силовање, разбојништва, разбојничка крађа) представља и насиље у породици, у којем доминирају насиље над женама, у ширем смислу међу партнерима, насиље над децом и насиље над родитељима чији су извршиоци њихова деца.<sup>12</sup>

У правној заштити од насиља у породици у Србији државним органима су на располагању бројна „средства“ чију примену омогућавају ЗСНП, Породични закон<sup>13</sup> (ПЗ), Закон о јавном реду и миру<sup>14</sup> (ЗОЈРМ), Закон о полицији<sup>15</sup> (ЗП) и Кривични законик<sup>16</sup> (КЗ). Уз све примедбе које се могу упутити инкриминацији насиља у породици у КЗ, па и одређеним одредбама ПЗ (одредба ЗП је више деклараторне природе, а ЗОЈРМ већ годинама санкционише примену насиља...), најспорнији је ЗСНП. Наравно, одмах упада у очи велики број прописа који се односе на ту област и посебно интересовање невладиног сектора и разних „увезених експерата“, па се поставља питање које су „правнополитичке претходнице“<sup>17</sup> ЗСНП. У оквиру евроинтеграција и спровођења кључних реформи у области система безбедности и правде, у време отварања најважнијих поглавља – 23 (Правосуђе и основна права) и 24 (Правда, слобода и безбедност) у процесу усвајања и извршавања *acquis communautaire* (правне тековине ЕУ), Република Србија је интензивно радила на доношењу тог законског текста.<sup>18</sup> Треба истаћи да се део материје на коју се ЗСНП

као и у судским процесима против окривљених за кривична дела, врте се у круг око употребе појма, значења и последица кривичних дела насиља“. Вид. *Ibid.*, 889.

<sup>12</sup> Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 107–109.

<sup>13</sup> Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр.18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

<sup>14</sup> Закон о јавном реду и миру – ЗОЈРМ, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016.

<sup>15</sup> Закон о полицији – ЗП, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016.

<sup>16</sup> Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. и 94/2016.

<sup>17</sup> Бранислав Ристивојевић, „Насиље у породици и над породицом“, *НСПМ*, 5. јун 2017, <http://www.nspm.rs/kuda-ide-srbija/nasilje-u-porodici-i-nasilje-nad-porodicom.html>, 5. октобар 2017.

<sup>18</sup> Вид. Изјаву о усклађености са прописима Европске уније *Предлога закона о спречавању насиља у породици*, која је усвојена 27. октобра 2016. године на



односи помиње у Акционом плану за поглавље 23<sup>19</sup>, и то у делу у којем се исказује потреба да се изради нова *Национална стратегија за унапређење положаја жена и промовисање родне равноправности*<sup>20</sup> и да се усвоји нова *Стратегија за заштиту жена од насиља у партнерским односима*<sup>21</sup>, која ће бити усклађена са *Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици*<sup>22</sup> (Истанбулска конвенција).<sup>23</sup> Такође, Акциони план за Поглавље 23 (тачка 3.6.1.6) изричито прописује да је неопходно спровести детаљну анализу усклађености кривичноправног законодавства са Истанбулском конвенцијом.

У праву до резултата доводи јасно трасиран пут, праћен одговарајућим нормативним уобличавањем, уз поштовање хијерархије правних аката и хармоничног односа међу правним прописима. Да ли за ЗСНП можемо рећи да је легислативно-технички усклађен са осталим прописима у јединственом правном поретку Србије?

## 2. АНАЛИЗА ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Терминологија законодавца и правна техника одступају од онога што можемо назвати уобичајено уобличавање норме у Србији. Ко је „могући учинилац“ насиља у породици, а ко „учинилац“ насиља у породици? Која је врста поступка у питању? Каква је улога бра-

15. седници Владе Републике Србије изабране 11. августа 2016. године, [http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti\\_pregled.php?id=277648](http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=277648), 18. децембар 2017.

<sup>19</sup> Вид. Акциони план за Поглавље 23, септембар 2015, 211.

<sup>20</sup> Влада РС усвојила је Националну стратегију за родну равноправност за период од 2016–2020 са Акционим планом 2016–2018, *Службени гласник РС*, бр. 4/16.

<sup>21</sup> Вид. Извештај број 3/2017 о спровођењу Акционог плана за Поглавље 23, Савет за спровођење Акционог плана за Поглавље 23, 23. новембар 2017. године, 502–503. У извештају је наведено да „активност није реализована“ и да је „развијен програм обуке за примену Закона о спречавању насиља у породици“.

<sup>22</sup> О Конвенцији и другим међународноправним прописима у области спречавања насиља у породици вид. више: Бојан Милисављевић, „Преглед међународноправне регулативе у области спречавања насиља у породици“, *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције* (ур. Д. Коларић), I том, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2014, 266–277.

<sup>23</sup> Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – међународни уговори*, бр. 12/2013. Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици донета је у Истанбулу 11. маја 2011. године, а Република Србија је потписала у априлу 2012, ратификовала у Народној скупштини у октобру 2013. и ступила је на снагу 1. августа 2014. године.

ниоца у овом поступку? Да ли хитне мере имају превентивну или репресивну улогу? Да ли је њихово изрицање постало доминантан начин спречавања и сузбијања насиља у породици? Да ли је угрожено право на слободу могућег учиниоца? Какви су први ефекти таквог начина рада државних органа, пре свега полиције, јавног тужилаштва и суда? Како спречити евентуалне злоупотребе?

Ако гледамо са аспекта члана породице – „могуће жртве“, ЗСНП је наглашено превентиван, а са аспекта члана породице – „могућег учиниоца насиља“ наглашено репресиван. У њему се дефиниција насиља у породици проширује чак и у односу на ПЗ<sup>24</sup>, у којем су, према нашем мишљењу, већ прешироко дефинисани насиље у породици и појам члана породице (на пример, под члановима породице се сматрају и лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези), при чему дефинише насиље у породици као „*акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству*“. Немогуће је не приметити да та дефиниција насиља у породици уводи и економско насиље као један облик насиља у породици сагласно члану 3 *Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици*.

На самом почетку се поставља питање оправданости ЗСНП. Наиме, у ПЗ, у делу о заштити од насиља у породици, прописују се мере заштите које суд може да одреди (једну или више) према члану породице који врши насиље. Тужбу за одређивање мере заштите од насиља у породици и за продужење мере заштите од насиља у породици могу поднети: члан породице према коме је насиље извршено, његов законски заступник, јавни тужилац и орган старатељства.<sup>25</sup> Поступак у спору за заштиту од насиља у породици нарочито је хитан. Прво рочиште се заказује тако да се одржи у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суду. Другостепени суд је дужан да донесе одлуку у року од петнаест дана од дана када му је достављена жалба.<sup>26</sup> Чланом 199 ПЗ предвиђено је да се мера заштите од насиља у породици може продужавати док не престану разлози због којих

<sup>24</sup> О дефиницији насиља у породици према Породичном закону вид. више: Марија Драшкић, „Насиље у породици – прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 345.

<sup>25</sup> Чл. 284, ст. 2 ПЗ.

<sup>26</sup> Чл. 285 ПЗ.

је била одређена. Чланом 288 ПЗ предвиђено је да жалба у парницама за заштиту од насиља у породици не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици. Такође, у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу<sup>27</sup>, могуће је одредити и привремене мере ради отклањања опасности од насиља којима се жртви осигурава безбедност и зауставља насиље. Уз све то, уколико постоје елементи кривичног дела из члана 194 КЗ или члана 9 ЗОЈРМ био би покренут и кривични или прекршајни поступак.

Значајно је истаћи да су чак и одредбе ПЗ, којима је прописан парнични (судски) поступак, за разлику од ЗСНП, где је тешко утврдити врсту поступка којим се изричито забрањује насиље у породици, при чему се прописује да свако има, у складу са законом, право на заштиту од насиља у породици, често критиковане у теорији и оправдано се постављало питање да ли им је ту место.<sup>28</sup>

Ако је сврха ЗСНП била додатно проширивање појма насиља у породици и листе лица која се сматрају чланом породице, онда се оправдано може поставити питање да ли је његов циљ била заштита од насиља у „породици“, имајући у виду шта се под тим појмом традиционално подразумева или ипак нешто друго.

Истина, у члану 2 ЗСНП истиче се да је циљ тог закона да на општи и јединствен начин уреди организацију и поступање државних органа и установа и тиме омогући делотворно спречавање насиља у породици и „хитну, благовремену и делотворну заштиту и подршку жртвама насиља у породици“. Законодавац посебно инсистира на хитности поступања јер уводи могућност да надлежни полицијски службеници донесу наређење којим се изричу хитне мере учиниоцу насиља у породици, након што је могући учинилац доведен у надлежну организациону јединицу полиције, ако се после процене ризика установи непосредна опасност од насиља у породици. Цео поступак, од тренутка довођења, са проценом ризика, може трајати најдуже осам часова. Ако те одредбе упоредимо са одредбама ПЗ, можемо прихватити да је тај поступак, која год то врста била, бржи јер се могући учинилац и жртва одмах раздвајају и брзо се доноси наређење по коме хитне мере трају 48 часова, а постоји могућност

<sup>27</sup> Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 – аутентично тумачење.

<sup>28</sup> У неким случајевима, у сфери породичних односа треба реаговати кривично-правним одредбама јер је реч о најзначајнијим друштвеним вредностима. Када је у питању заштита од породичног насиља, поставља се логичко питање да ли су то најважнија добра јер постоји паралелна заштита породичног и кривичног права. Зато се у теорији истиче да се на тај начин компромитује идеја о потреби заштите од насиља у породици. Вид. Милан Шкулић, „Кривично дело насиља у породици“, *Насиље у породици* (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 79.

да их суд, на предлог тужиоца, продужи још 30 дана. Али све оно што је брзо носи са собом опасност која се огледа у површности<sup>29</sup> или, како се сликовито у теорији истиче, „најбржи је преки суд“.<sup>30</sup> Као један од разлога због којих је донет закон истиче се и потреба за сарадњом надлежних државних органа. Чини нам се да је координирана заштита и сарадња локалне заједнице, тј. надлежних државних органа (представника тужилаштва, подручних полицијских управа, центра за социјални рад и суда) већ постојала. Рецимо у Зрењанину већ десет година постоји модел заштите од насиља у породици, који је, настао по узору на модел Дулут.<sup>31</sup>

Чланом 4, став 1 ЗСНП прописано је да се одредбе из главе IV (Сарадња и координација) примењују и у кривичним поступцима за кривична дела која су набројана у том члану. Наиме, набројано је још 16 кривичних дела (осим кривичног дела насиља у породици из члана 194 КЗ) на које се примењује ове одредбе закона, а у тачки 18 стоји – друга кривична дела, ако је кривично дело последица насиља у породици. То значи да надлежни државни органи немају обавезу да сарађују и координишу свој рад само у случајевима када постоји непосредна опасност од насиља у породици (према ЗСНП) већ и у кри-

<sup>29</sup> Могућем учиниоцу је 28. јула 2017. године изречена хитна мера привремене забране да контактира са жртвом насиља (супруга) и прилази јој. Хитна мера је продужена. Могући учинилац је уложио жалбу на решење суда, при чему је она одбијена а првостепено решење потврђено. Након тога, супруга је пријавила могућег учиниоца да је 2. августа 2017. године прекршио хитну меру тако што је на свом Фејсбук профилу ставио коментар „откријте уљеза, наградно питање од 100 еура“ испод фотографије (више лица међу којима се и она налази) која се налази на Фејсбук профилу њиховог заједничког пријатеља. Могући учинилац је уз захтев за покретање прекршајног поступка приведен судији прекршајног суда који му је изрекао казну затвора од 7 дана због учињеног прекршаја из члана 36, став 1 ЗСНП. Пресуда Прекршајног суда у Нишу ПРН бр. 29/17 од 3. августа 2017. Прекршајни апелациони суд је по жалби браниоца осуђеног донео пресуду којом је преиначио првостепену пресуду и могућег учиниоца ослободио одговорности јер није доказано да је учинио прекршај за који је против њега поднет захтев за покретање прекршајног поступка. Суд је у образложењу пресуде навео да „окривљени није контактирао оштећену, нити јој је прилазио, чак ни преко њеног или свог Фејсбук профила, а то што је коментарисао фотографију коју није он поставио, на туђем Фејсбук профилу, а сведок прочитала овај коментар, не може се ценити као контакт са сведоком (жртвом насиља у породици), а тиме и да је окривљени прекршио изречену меру“. Пресуда Прекршајног апелационог суда – одељење у Нишу Пржн. 17/2017 од 4. августа 2017. године.

<sup>30</sup> Милан Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)“, *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2017, 54.

<sup>31</sup> Саша Марковић, *Улога полиције у откривању и доказивању насиља у породици*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015а, 353–415.

вичним поступцима за одређена кривична дела. При томе, исти члан 4 у ставу 2 прописује да се тај закон примењује и на пружање заштите и подршке жртвама кривичних дела одређених тим законом. Ако пођемо од тога да је циљ хитних мера да се жртви насиља у породици обезбеди брза и ефикасна заштита, није јасно да ли је законодавац мислио да се таква заштита пружа жртвама набројаних кривичних дела само ако су кривична дела последица насиља у породици или свеједно. Законодавац је, највероватније, хтео да се његове одредбе примењују само на наведена кривична дела, ако су она последица насиља у породици, међутим невештом формулацијом испада да се пружа заштита свим жртвама поменутих кривичних дела иако судови одбијају да продужавају хитне мере у случају да постоје наведена кривична дела, када се учинилац и оштећени не могу сматрати члановима породице према ЗСНП.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Могућем учиниоцу је 12. септембра 2017. године изречена хитна мера привремене забране да контактира са жртвом насиља и прилази јој, али је основни суд донео решење којим се тај предлог одбија из разлога што лица (могући учинилац и жртва) нису чланови породице у смислу члана 3, став 3 ЗСНП. Наиме, отац малолетне девојчице (2006. годиште) пријавио је да је у поподневним сатима, пре одласка на посао, оставио своју ћерку у кући где живи њена мајка и да је у то време у дворишту седео и пио кафу старији мушкарац (1939. годиште). Када је дошао по ћерку, она му је рекла да ју је по изласку из дворишта, када је кренула да га испрати до капије, тај човек почео да пипа по грудима, интимним деловима тела и да ју је пољубио. Основни јавни тужилац се изјаснио да се поднесе кривична пријава због постојања основа сумње да је учињено кривично дело из члана 182 КЗ у редовном поступку. По изрицању хитних мера основни јавни тужилац је дао предлог да се оне продуже, али је основни суд донео решење којим се тај предлог одбија из разлога што лица (могући учинилац и жртва) нису чланови породице у смислу члана 3, став 3 ЗСНП. Наредијење ПУ Пожаревац бр. 95/17 од 12. септембра 2017. године и Решење Основног суда у Пожаревцу, Нп. бр.128/17–49 од 13. септембра 2017. године. Такође, 17. септембра 2017. године М. М. је пријавила Ж. Ј. да јој је, док је пролазила сеоским путем, добацивао речима „сачекаћу ја тебе, па после идемо у шуму да се помазимо“. Пријавила је да се такво узнемиравање догађа четврти пут у краћем временском периоду, а двадесетак дана пре тог догађаја, приликом идентичног сусрета, Ж. Ј. ју је ухватио за руку, почео да вуче ка шуми, а затим ухватио за груди, након чега се она отргла и побегла кући. Лица нису чланови породице како је то дефинисано чланом 3, став 3 ЗСНП. Основно јавно тужилаштво се изјаснило да постоји основа сумње да је учињено кривично дело из члана 182а КЗ (полно узнемиравање) па је поднета кривична пријава (КУ-511/17) у редовној процедури. Сходно члану 4, став 2 ЗСНП који прописује да се закон примењује и на пружање заштите и подршке жртвама кривичних дела наведених у ставу 1 тог члана (између осталих, и овог кривичног дела), могући учинилац је доведен, урађена је процена ризика која је показала да постоји непосредна опасност од насиља, па је Ж. Ј. изречена хитна мера привремене забране да контактира са жртвом насиља и прилази јој (235/17). Основни јавни тужилац је предложио да се хитна мера продужи. Основни суд у Ваљеву је донео решење којим се тај предлог одбија као неоснован. У образложењу решења наведено је да је суд донео такву одлуку зато што је утврдио да М. М. и Ж. Ј. „живе у истом селу на удаљености од 1 километра, не налазе се, нити су се раније налазили у било каквом брачном, ванбрачном или партнерском од-

ЗСНП се примењује као *lex specialis* за тему коју уређује, тј. примењује се као *lex specialis* на спречавање насиља у породици, у поступцима против учинилаца кривичних дела одређених тим законом, и на пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела одређених тим законом. Тумачењем члана 5 ЗСНП може се закључити да се супсидијарно примењују КЗ, ЗКП, ЗПП, ПЗ и ЗП. Недореченост и непрецизност бројних одредаба ЗСНП доводи у питање и могућност његове примене као *lex specialis-a* и могућност супсидијарне примене поменутих закона. Изрека „када би закони могли да говоре, прво би се пожалили на правнике“ одлично се уклапа у ову тему, под условом да су правници писали тај закон.

Скренућемо пажњу на неколико одредаба које могу да буду врло спорне са становишта њихове примене.

ЗСНП прописује да свако мора, без одлагања, да пријави полицији или јавном тужиоцу насиље у породици или непосредну опасност од њега. То је императивна норма, без санкције. Дужност да се насиље пријави постоји док оно траје или одмах по његовом престанку, али постоји дужност пријављивања и непосредне опасности од насиља када до насиља није дошло или када прети непосредна опасност од његовог понављања. Такође, свако лице које има сазнања о извршеном кривичном делу одређеном тим законом (више од 17 кривичних дела предвиђених КЗ) дужно је да то пријави полицији или јавном тужиоцу. Међутим, непоступање према тим нормама не производи последице за физичка лица.

ЗСНП уводи нови разлог за довођење, тј. полиција може довести лице које је могући учинилац насиља у породици и задржати га у надлежној организационој јединици полиције ради вођења поступка. Поставља се питање шта значи законски термин „могући учинилац насиља у породици“ и да ли се на тај начин у наше законодавство уводи превентивно довођење и задржавање.<sup>33</sup> Ако узмемо у обзир да,

носу, а што је основни предуслов сходно члану 3 став 3 ЗСНП, за примену овог закона“.

<sup>33</sup> Тако, ако извршимо увид у Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела, *Службени гласник РС*, бр. 42/02, 27/03, 39/03, 60/03, 67/03, 29/04, 58/04, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11, 101/11, 32/13, 94/16, видећемо да је у једном тренутку додати члан 156, који се односио на превентивно довођење и задржавање, био кратког века (*Службени гласник РС*, бр. 39/2003), јер је већ наредне године брисан (*Службени гласник РС*, бр. 58/04). Гласио је: „Ради прикупљања обавештења и доказа о организованом криминалу, овлашћено службено лице Службе може, и без наредбе суда, да принудно доведе и у просторијама Службе да превентивно задржи лице које може да пружи та обавештења или укаже на доказе. Превентивно задржавање може да траје најдуже 24 часа. О разлогу за превентивно задржавање, праву на обавештавање породице и других лица, као и праву на адвоката, овлашћено

у контексту дефиниције насиља у породици, свако лице може бити „могући учинилац насиља у породици“, полицији се даје овлашћење да превентивно доведе свако лице за које постоји индиција да може учинити насиље у породици, што се односи на сваког члана породице за којег се дође до сазнања да може учинити насиље.<sup>34</sup> Могући учинилац насиља у породици је шири појам од учиниоца насиља у породици. То је лице од којег прети опасност да први пут може учинити насиље, али и оно које је већ учинило насиље а постоји опасност да понови насиље у породици. Могући учинилац се може задржати за време вођења поступка, а најдуже до осам часова, па се поставља питање да ли се то задржавање може сматрати лишењем слободе, што повлачи за собом гарантовање свих права која се иначе гарантују лицу лишеном слободе.<sup>35</sup> Јасно је да је законодавац имао велики проблем да дефинише начине обезбеђења могућег учиниоца за време вођења поступка по ЗСНП. Поставља се питање како ограничити слободу кретања лица за које не постоји сумња да је учинило казнено дело већ се задржава из превентивних разлога за време процене ризика од насиља у породици. ЕСЈП у својим пресудама из 2013. године истиче да довођење лица у полицијску станицу против његове воље и задржавање представља лишење слободе, чак и уколико је трајало релативно кратко и уколико није стављен у ћелију, односно није физички ограничен у кретању и нису му стављене лисице.<sup>36</sup> *Упутство о поступању према доведеним и задржаним лицима*<sup>37</sup> у члану 13 предвиђа да се „довођење по правилу, врши службеним возилом полиције“ и да се „приликом транспорта лице везује средствима за везивање“. У члану 64 ЗП прописана су полицијска овлашћења, а задржавање је једно од њих. Такође, предвиђено је „да се доношење решења о задржавању и поступање по жалби на донето решење врше у складу са законом на основу којег је задржавање одређено“ (члан 86 ЗП), а у ЗСНП није прописана процедура задржавања.

службено лице Службе дужно је да обавести превентивно задржано лице одмах по привођењу у службене просторије.“

<sup>34</sup> Драгана Коларић, „Реформа кривичног материјалног законодавства РС и Поглавље 23 (на раскршћу између националног идентитета и европских интеграција)“, *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2017, 48.

<sup>35</sup> Вид. чл. 27 и 29 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

<sup>36</sup> Вид. *Предмет Остендорф против Немачке*, Апликација бр. 15598/08, одлука од 7. јуна 2013; *Предмет М. А. против Кипра*, Апликација бр. 41872/10, одлука од 23. јула 2013.

<sup>37</sup> Министарство унутрашњих послова Републике Србије, 01 број 7989/12–10 од 10. децембра 2012. године, Београд.

ЗСНП предвиђа да током поступка у надлежној организационој јединици полиције могући учинилац мора да се поучи и да му се омогуће контакт и коришћење услуга браниоца и правне помоћи у складу са Уставом и законима Републике Србије. Поставља се питање која је улога браниоца када полиција ни други државни органи (јавно тужилаштво, суд) не воде казни поступак против могућег учиниоца насиља у породици, тј. није јасно у каквом поступку бранилац заступа могућег учиниоца насиља у породици. Полиција може донети наређење, али оно представља само полицијско овлашћење на које не постоји право жалбе. Да би разјаснили ову правну ситуацију, применићемо члан 5 ЗСНП, којим је прописано да ће се применити КЗ, ЗКП, ЗПП, ПЗ и ЗП ако овим законом није другачије одређено. У ЗКП је предвиђен термин „бранилац“ и члановима 71–81 прописана је његова улога у кривичном поступку. При томе је прописано да бранилац може бити само адвокат, а у поступку за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година адвоката може да замени адвокатски приправник. *Законом о прекршајима* предвиђено је да окривљени има право да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца кога сам изабере. Суд је дужан да приликом првог саслушања окривљеног поучи о праву на браниоца. Окривљени може узети за браниоца адвоката, а њега може, у складу са законом, заменити адвокатски приправник. Међутим, наређење се може изрећи могућем учиниоцу насиља у породици који је доведен, али само у случају ако надлежни полицијски службеник након процене ризика установи непосредну опасност од насиља у породици. То лице нема статус осумњиченог (окривљеног) за кривично дело, односно окривљеног за прекршај, тако да сходну примену тих закона не можемо применити у таквим случајевима. У ЗП је предвиђено да задржано лице има право на правну помоћ браниоца, при чему полицијски службеник мора да одложи сва даља поступања до доласка браниоца, и то најдуже за два часа од када је лицу пружена могућност да обавести браниоца (чл. 87). Међутим, ту се поставља питање његове улоге када у ЗСНП није предвиђена могућност доношења решења, евентуалног улагања и поступања по жалби на донето решење. КЗ је материјални закон, тако да се његове одредбе не могу примењивати ради разјашњења те правне ситуације, а ЗПП не користи термин бранилац већ пуномоћник. Имајући у виду да се у члану 20, став 6 ЗСНП прописује примена закона којим се уређује парнични поступак на поступак продужења хитних мера, адекватан законски термин би био пуномоћник.

Ако после процене ризика установи непосредну опасност од насиља у породици, надлежни полицијски службеник доноси наређење којим изриче хитне мере учиниоцу који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције. Хитне мере су: мера при-



временог удаљења учиниоца из стана и мера привремене забране учиниоцу да контактира са жртвом насиља и прилази јој. У току првих шест месеци примене закона, полиција је изрекла 11.533 хитне мере могућим учиниоцима насиља у породици (у јуну 1.721, у јулу 2.183, у августу 2.219, у септембру 1.724, у октобру 1.802, у новембру 1.884), и то 7.798 мера привремене забране учиниоцу да контактира са жртвом и прилази јој и 3.735 мера привременог удаљења учиниоца из стана. Суд је донео решење о продужењу хитних мера у 6.794 случаја (87% – јер је у великом броју случајева продужио обе хитне мере изречене истом учиниоцу).<sup>38</sup> Занимљиво је да мера привременог удаљења учиниоца из стана није изрицана самостално већ увек са мером привремене забране учиниоцу да контактира са жртвом и прилази јој. У овом кратком периоду примене закона, према 783 лица су изречене хитне мере два или више пута, па њих можемо означити као повратнике у изрицању хитних мера. Поднета су и 772 захтева за покретање прекршајног поступка због кршења хитних мера, односно због чињења прекршаја из члана 36, став 1 ЗСНП. Укупно су осуђена 624 лица, и то 586 казном затвора<sup>39</sup>, 34 новчаном казном и четири опоменом, иако могућност изрицања опомене законом није предвиђена за овај прекршај, а 32 особе су ослобођене прекршајне одговорности. У 116 предмета није донета пресуда, тј. прекршајни поступци су и даље у току. Подносилац захтева (МУП) уложио је укупно 14 жалби на првостепене пресуде. Нису евидентирани прекршаји из члана 36, став 2 истог закона.<sup>40</sup>

Поставља се питање коме се, према одредбама ЗСНП, изричу хитне мере. Да ли се наређење односи на могућег учиниоца или учиниоца? Наиме, чланом 17 ЗСНП је прописано ако после процене ризика установи непосредну опасност од насиља у породици, надлежни полицијски службеник доноси наређење којим изриче хитну меру

<sup>38</sup> Подаци Министарства унутрашњих послова Републике Србије добијени по захтеву за слободан приступ информацијама од јавног значаја, допис број 037–50/17 од 14. децембра 2017. Напомена: МУП није водио евиденције о продуженим хитним мерама за месец јун 2017. године па смо на њихов податак од 5.620 продужених хитних мера за период јул–новембар додали још 1.174 хитне мере које су продужене у јуну 2017. године (податак за јун добијен од Републичког јавног тужилаштва, ПИ. бр. 43/17 од 28. јула 2017. године).

<sup>39</sup> У првих шест месеци примене ЗСНП укупно је осуђено 586 лица на 13.863 дана затвора због чињења прекршаја из члана 36, став 1, што је у просеку 23,6 дана затвора по окривљеном. Казна затвора до 20 дана изречена је у 332 пресуде, од 21 до 40 дана у 176 пресуда, а од 41 до 60 дана у 78 пресуда. Занимљиво је да је Прекршајни суд у Београду у два предмета окривљенима изрекао највеће законом предвиђене јединствене казне затвора у трајању од 90 дана (60+30) због стицаја са прекршајем из члана 9, став 1 ЗОЈРМ (пресуда Прн. 39/17 од 25. новембра 2017. и пресуда Прн 738/17 од 28. јула 2017. године).

<sup>40</sup> Подаци МУП-а Р. Србије, допис број 037–50/17 од 14. децембра 2017. године.

„учиниоцу“ који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције, а чланом 15 истог закона да се хитне мере за спречавање насиља у породици могу изрећи „могућем учиниоцу“. Дакле, довођење, задржавање и процена ризика односе се на „могућег учиниоца“ насиља у породици, а хитне мере се изричу „учиниоцу“. Због чега се у тим одредбама закона изгубио термин „могући учинилац“, а појављује се термин „учинилац“. Ако анализирамо одредбе ЗСНП закључићемо да, у поступку спречавања насиља у породици, лице које има статус „могућег учиниоца“ (чл. 14–16 ЗСНП) може прећи у фазу „учиниоца“ (чл. 17 ЗСНП) само уколико је доведено и ако се након процене ризика установи непосредна опасност од насиља у породици.<sup>41</sup> Ако се процени да опасност од насиља у породици није непосредна, „могући учинилац“ не прелази у фазу „учинилац“. Треба имати у виду да појам „учинилац“ из овог закона не подразумева оно што је традиционално садржано у појму „учинилац“ у КЗ. Наиме, у КЗ се под изразом учинилац подразумевају извршилац, саизвршилац, подстрекач и помагач кривичног дела. Остаје да, на овом месту, закључимо да је законодавац предвидео четири фазе у статусу лица које је пријављено или препознато као „могући учинилац“ насиља у породици. Наиме, у ЗСНП се, осим термина „могући учинилац“ и „учинилац“, користе и појмови „лице коме је хитна мера изречена“ и „лице коме је хитна мера продужена“.

Задатак полиције, јавног тужилаштва и суда је да спрече насиље у будућности, а не да санкционишу могућег учиниоца за нешто што је урадио у прошлости. Међутим, изгледа да у пракси изрицање хитних мера представља један вид санкционисања који треба да замени кривичноправне мере. На то нам указују и поменути статистички подаци за првих шест месеца примене закона. У неким случајевима, јавно тужилаштво када одбаци кривичну пријаву за насиље у породици, обавештава полицију о томе и наводи да су према осумњиченом примењене хитне мере којих се он придржавао, па испада да одбачај кривичне пријаве следи као један вид награде. Тако, лицу З. М., по пријави таста Р. П. за насиље у породици, донето је наређење којим су изречене обе хитне мере. Он је поднео и кривичну пријаву против свог зета за кривично дело из члана 194, став 1 КЗ, у којој је навео да га је у заједничкој породичној кући зет З. М. обема рукама давио у пределу врата, а затим му песницама задао неколико удараца у пределу очију. У извештају лекара Здравственог центра констатоване су лаке телесне повреде у виду „црвенила обе коњуктиве“. Надлежни јавни тужилац је дао предлог за продужење хитних мера. Суд је предлог одбио као неоснован зато што није утврдио непосредну опасност од насиља у породици

<sup>41</sup> Вид. ЗСНП, члан 3, став 2.

(???)<sup>42</sup> Уложена је жалба, али је одбијена као неоснована. Кривична пријава је такође одбачена. Окружно јавно тужилаштво је сматрало да у радњама осумњиченог нема обележја кривичног дела за које се гони по службеној дужности, при чему се напомиње да се хитних мера придржавао, а у току поступка је утврђено да су односи између осумњиченог и оштећеног нормализовани.<sup>43</sup>

Након доношења наређења којим се изричу хитне мере, надлежни заменик јавног тужиоца подноси предлог да се хитна мера продужи основном суду на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, а о предлогу одлучује судија појединац. Да ли се судија држи изјашњења које је могући учинилац дао у надлежној организационој јединици полиције или је дужан да, пре одлуке, „лицу коме је хитна мера изречена“ пружи прилику да се изјасни о тврдњама основног јавног тужиоца?<sup>44</sup> Сматрамо да је то законом дефинисано јер лице за које је предложено продужење хитних мера више нема статус „могућег учиниоца“ већ „лица коме је хитна мера изречена“. Међутим, поставља се питање када и како, узимајући у обзир да се судско решење о предлогу јавног тужиоца доноси у року од 24 часа од пријема предлога да се хитна мера продужи. При томе, у ЗСНП је прописано да се поменуто решење доноси без одржавања рочишта и да је оно извршно одмах, пре правноснажности. Судска пракса нам показује супротно, тј. поступајуће судије таквом лицу не пружају прилику да се изјасни пред судом пре доношења решења о продужењу хитних мера. Судови ту одредбу закона тумаче на начин да су приликом доношења одлуке у обавези само да узму у обзир оцену изјашњења могућег учиниоца датог надлежном полицијском службенику и да му неће пружати прилику да се изјасни пред судом. Јер на који начин би судија појединац који добије предмет а нема заказаног рочишта омогућио лицу коме је хитна мера изречена да се изјасни о предлогу јавног тужиоца за продужење хитних мера (на који начин би га обавестио и евентуално његовог браниоца о временском термину када се одлучује о предлогу)?

Проблем представља и достављање решења о продужењу хитних мера. У ЗСНП је предвиђено да наређење садржи обавезу лица коме је изречена хитна мера да се по њеном истеку јави полицијском

<sup>42</sup> Решење Основног суда у Ваљеву НП. бр. 1/17 од 7. јуна 2017. године.

<sup>43</sup> Основно јавно тужилаштво Ваљево, Кт. бр. 558/17 од 29. јуна 2017. године.

<sup>44</sup> У образложењу Предлога закона о спречавању насиља у породици, које је усвојила Влада Републике Србије и проследила уз Предлог закона Народној скупштини Републике Србије стоји да је судија у обавези да могућем учиниоцу да могућност да се изјасни (15. седница Владе РС, 27. октобар 2016). Вид. Поглавље III: Објашњење основних правних института и појединачних решења, 11. [http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti\\_pregled.php?id=277648](http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=277648), 15. август 2017.

службенику који је изрекао. Најчешће ће то бити једини начин да се уручи судско решење којим су хитне мере продужене. Ако могућем учиниоцу буде изречена мера привременог удаљења учиниоца из стана, поставља се питање на коју адресу ће му се доставити судско решење ако он не поступи по наређењу полиције и не јави се надлежном полицијском службенику по истеку хитних мера. У ЗСНП није предвиђена санкција уколико се лице коме је хитна мера изречена не јави надлежном полицијском службенику по истеку хитних мера. Решење за тај проблем би било да је чланом 36 ЗСНП прописан прекршај кршење наређења које је полиција изрекла јер тада би и таква радња била прекршај. Међутим, законодавац је као прекршај прописао само кршење хитних мера које су донете, односно продужене. Хитне мере се изричу наређењем, а учинилац одговара само ако прекрши хитну меру а не и наређење којим је донета. Такође, можемо да замислимо ситуацију у којој лице коме је хитна мера изречена напусти место боравишта по пријему наређења, па се врати у стан из којег је привремено исељен након 15 дана. Законодавац истиче да жалба не задржава извршење решења основног суда. Али, када му се уручи решење, могући учинилац и даље има право на жалбу тако да оно није правноснажно. Посебно се поставља питање да ли лице може да се нађе у прекршају прописаном чланом 36 ЗСНП ако су му хитне мере решењем суда продужене, а решење му није уручено. Судска пракса нам даје различите одговоре. Тако, Прекршајни суд у Нишу у више предмета пресуђује да је лице одговорно за то што је прекршило хитну меру која је продужена иако решење суда којим су хитне мере продужене претходно (пре кршења мере) није уручено окривљеном<sup>45</sup>, док Прекршајни суд у Новом Саду, после уложене жалбе браниоца окривљеног и од Прекршајног апелационог суда и укидања првостепене пресуде којом је окривљени оглашен кривим и кажњен затвором у трајању од 30 дана, у поновном поступку доноси ослобађајућу пресуду јер окривљеном пре кршења хитне мере, која је продужена, није уручено решење Основног суда у Новом Саду којим се продужавају хитне мере.<sup>46</sup> Занимљива је и пресуда Прекршајног суда у Нишу којом, на казну затвора у трајању од 30 дана коју ће издржати одмах пре правноснажности пресуде, осуђује окривљеног за члан 36, став 1 ЗСНП „што је прекршио хитну меру која му је изречена од стране Полицијске управе у Нишу под бројем ЗНП-32/17 од 10.6.2017. године, по којој је требао да се јави полицијском службенику који је исту изрекао дана 12.6.2017. године у 5.00 часова а није се јавио, што је утврђено дана 18.6.2017 од

<sup>45</sup> Прекршајни суд у Нишу, При. бр. 11–37/17 од 10. августа 2017. године, При. бр. 17–19/17 од 10. јула 2017. године, При. бр. 46/17 од 27. септембра 2017. године.

<sup>46</sup> Прекршајни суд у Новом Саду, Пр. 9246/17 од 10. августа 2017. године.

стране Полицијске управе у Нишу<sup>47</sup>. Суд га је учинио одговорним зато што се није јавио полицијском службенику који је изрекао хитну меру, чиме је прекршио полицијско наређење, а не због кршења хитне мере која је продужена (???)

На крају овог разматрања поставља се питање да ли виши суд два пута одлучује (у случају жалбе тужиоца и у случају жалбе могућег учиниоца) када се, на пример, решење суда којим је одбијен захтев јавног тужиоца да се продужи једна хитна мера а друга се продужи на још 30 дана могућем учиниоцу достави тек након неколико дана а основни суд је дужан да жалбу у року од 12 часова од њеног пријема са списима предмета проследи вишем суду који је у року од три дана дужан да донесе другостепену одлуку.

Одредба по којој је лице коме је изречена хитна мера дужно да се по њеном истеку јави полицијском службенику који је изрекао најчешће неће бити остварљива у пракси (надлежни полицијски службеник је одсутан због годишњег одмора, боловања, налази се на недељном одмору или је завршио радну смену у тренутку истека хитних мера). Једино прихватљиво решење је да се то лице по истеку хитне мере јави у дежурну службу организационе јединице полиције у којој је хитна мера изречена (дежурна служба ради непрекидно 24 часа), при чему ће се евидентирати његово јављање, биће му уручено решење суда ако буде донето, односно дежурни полицијски службеник може по потреби да обавести надлежног полицијског службеника да се то лице јавило и да добије потребне инструкције о даљем поступању према њему.

Постављало се питање да ли треба донети наређење којим се изричу хитне мере када је лице учинило кривично дело насиља у породици па постоје разлози за полицијско хапшење, односно задржавање према одредбама ЗКП. Мишљења су опречна. Углавном се истиче да је ЗСНП *lex specialis* за спречавање насиља у породици. Самим тим, кад се поступа у случајевима насиља у породици, ако процена ризика указује на постојање непосредне опасности од насиља у будућности, учиниоцу се морају изрећи хитне мере. Након тога, осумњичени се може ухапсити за дело за које постоји сумња да га је учинио у прошлости. Примена одредаба ЗСНП не представља проблем за примену одредаба ЗКП. Тако су лицу Б. Ј. изречене обе хитне мере након што је учинио физичко насиље над својом бабом – жртвом насиља у породици. Потом је ухапшен и задржан до 48 часова према одредбама ЗКП јер су постојали разлози за одређивање притвора. Исти судија основног суда донео је решење о продужењу хитних мера и решење о одређивању притвора до 30 да-

<sup>47</sup> Прекршајни суд у Нишу, При. бр. 08–10821/17 од 18. јуна 2017. године.

на.<sup>48</sup> У другом случају, лицу З. П. су изречене обе хитне мере након што је пријављен да је учинио кривично дело из члана 194, став 1 КЗ тако што је у више наврата својој супрузи претио убиством. Затим је ухапшен и задржан до 48 часова према одредбама ЗКП јер су постојали разлози за одређивање притвора. Судија основног суда је донео решење о продужењу хитних мера, а други судија истог суда решење о одређивању притвора до 30 дана због постојања разлога из члана 211, став 1, тачка 2 ЗКП.<sup>49</sup> У трећем случају, лицу Б. М. су изречене обе хитне мере након што је пријављен да је учинио кривично дело из члана 194, став 2 у вези са ставом 1 КЗ тако што је у алкохолисаном стању својој невенчаној супрузи нанео више удараца у пределу главе и тела наневши јој вишеструке повреде, а такође јој је претио убиством. Потом је ухапшен и задржан до 48 часова према одредбама ЗКП јер су постојали разлози за одређивање притвора. Судија основног суда је донео решење о продужењу хитних мера, а други судија истог суда решење о одређивању притвора до 30 дана због постојања разлога из члана 211, став 1, тач. 2, 3 и 4 ЗКП.<sup>50</sup>

Да ли је пракса добро избрнула те одредбе? Да ли треба додати наређење којим се изричу хитне мере када је лице учинило кривично дело насиља у породици па постоје разлози за поступање према одредбама ЗКП? Навешћемо један пример из праксе који ће нас нагнати на размишљање и који, такође, показује да нису адекватно примењени закони који су пружали заштиту од насиља у породици и пре ЗСНП. Дана 11. септембра 2017. године С. Ђ. је поднела кривичну пријаву против свог бившег ванбрачног супруга А. Ђ. због основа сумње да је учинио кривично дело из члана 180 КЗ према заједничком сину, при чему је навела да је 10. септембра 2017. године њихов заједнички син (стар 3 године) боравио код оца, а да јој се дете пожалило када га је преузела да су он и отац спавали заједно голи у кревету, да га је „тата мазио у пределу задњице и да је он тату мазио у пределу полног органа“, односно да „му је тата стављао прст у анусну регију“. У извештају лекара специјалисте нису констатоване повреде у пределу гениталија и анусне регије детета. Након процене ризика, којом је, између осталог, утврђено да се против А. Ђ. води кривични поступак због насиља у породици према С. Ђ., из-

<sup>48</sup> Решење о продужењу хитних мера, Основни суд у Убу, Нп. бр. 35/17 од 6. августа 2017. године и Решење о одређивању притвора, Основни суд у Убу, Нп. бр. 36/17 од 6. августа 2017. године.

<sup>49</sup> Решење о продужавању хитних мера, Основни суд у Ваљеву, Нп. бр. 87/17 од 8. септембра 2017. године и Решење о одређивању притвора, Основни суд у Ваљеву, К. бр. 412/17 од 8. септембра 2017. године.

<sup>50</sup> Решење о продужавању хитних мера, Основни суд у Ваљеву, Нп. бр. 52/17 од 22. јула 2017. године и Решење о одређивању притвора, Основни суд у Ваљеву, К. бр. 344/17 од 22. јула 2017. године.

речене су хитне мере привремене забране да контактира са жртвом насиља и прилази јој (жртва дете), на основу одредаба ЗСНП, а затим је ухапшен и задржан на основу одредаба ЗКП. Основни суд је одбио предлог Основног јавног тужилаштва да се продуже хитне мере јер је био мишљења да у списима предмета нема доказа да постоји непосредна опасност од насиља у породици.<sup>51</sup> Одбијена је као неоснована жалба надлежног јавног тужиоца, а решење основног суда је потврђено.<sup>52</sup> Судија за претходни поступак је због разлога из члана 211, став 1, тач. 2 и 4 ЗКП одредио притвор осумњиченом А. Ђ.<sup>53</sup>, али је по жалби браниоца веће вишег суда преиначило првостепено решење и осумњиченом укинуло притвор.<sup>54</sup>

Овај део ћемо закључити још једном дилемом. Да ли да применимо Богишићеву изреку „*што се грбо роди ни вријеме га не исправи*“ или да се, нешто блаже, осврнемо на Паулуса, истакнутог римског правника, који је рекао да је „*пракса најбољи тумач закона*“ те да законодавцу дамо шансу да применом норми дође до решења евентуалних недоумица.

### 3. ПРВИ ЕФЕКТИ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Један од ефеката примене *Закона о спречавању насиља у породици* требало би да буде превенција – смањење броја кривичних дела насиља у породици. Да ли је тако? Анализираћемо податке МУП-а. Ако посматрамо број поднетих кривичних пријава за насиље у породици у периоду јун–новембар за последњих 10 година, запазићемо раст од преко 140%. Тако су 2008. поднете 1.623 кривичне пријаве, 2009. – 1.887, 2010. – 1.882, 2011. – 1.716, 2012. – 1.955, 2013. – 1.926, 2014. – 1.910, 2015. – 3.061, 2016. – 3.301, а 2017. године рекордне 3.963 кривичне пријаве за члан 194 КЗ.<sup>55</sup> Шта нам ти подаци говоре? Да ли је дошло до ескалације насиља у породици од првог дана примене новог закона? Да ли су жртве оснажене, више верују државним органима па се чешће одлучују да пријаве насиље, да ли је тамна бројка мања, да ли полиција и јавно тужилаштво мењају политику подношења кривичних пријава, односно да ли се оно што је некада

<sup>51</sup> Решење о одбијању предлога за продужавање хитних мера, Основни суд у Ваљеву, Нп. бр. 89/17 од 12. септембра 2017. године.

<sup>52</sup> Решење Вишег суда у Ваљеву, НПЖ. бр. 24/17 од 19. септембра 2017. године.

<sup>53</sup> Решење Вишег суда у Ваљеву, Кпп. бр. 24/17 од 12. септембра 2017. године.

<sup>54</sup> Решење Вишег суда у Ваљеву, Кв. бр. 155/17 од 15. септембра 2017. године.

<sup>55</sup> Подаци МУП-а Р. Србије, допис број 037–50/17 од 14. децембра 2017. године.

био догађај сада третира као кривично дело? Број правоснажних пресуда за насиље у породици у наредном периоду пружиће одговор на та питања. Током 2015. и 2016. године уочен је тренд раста броја кривичних пријава (5.040/7.244), оптужби (1.837/2.533), али и броја одбачаја кривичних пријава (3.148/4.663).<sup>56</sup> Ако је веровати невладиним организацијама које се баве подршком жртвама насиља у породици, које наводе да су у Србији 2016. године 33 жене и четворо деце лишени живота у породичном насиљу, а до половине децембра 2017. године 29 жена и двоје деце, можемо закључити да се најтеже последице насиља у породици нису смањиле од почетка примене ЗСНП.<sup>57</sup>

Једна од новина коју тај закон доноси јесте вођење јединствене евиденције за све пријављене догађаје насиља у породици. У ЗСНП је прописана евиденција података о случајевима насиља у породици коју воде полицијске управе, јавна тужилаштва, центри за социјални рад и судови. Појединачне евиденције тих државних органа и установа треба да се воде у електронском облику и чине Централну евиденцију о случајевима насиља у породици, коју води Републичко јавно тужилаштво (РЈТ). Међутим, те евиденције у пракси нису установљене ни шест месеци након почетка примене ЗСНП. У обавештењу РЈТ ПИ. бр. 43/17 од 28. јула 2017. године, поводом захтева за слободан приступ информацијама од јавног значаја, наведено је да није успостављена Централна евиденција по ЗСНП, тако да РЈТ поседује само одређене податке који се односе на поступање јавног тужилаштва, а не и оне који се односе на поступање полиције, центара за социјални рад и судова.

У ЗСНП су прописане казнене одредбе, при чему је за лице за које се утврди да је прекршио хитну меру која му је изречена или продужена предвиђена казна лишења слободе, односно казна затвора до 60 дана. Међутим, први месеци примене ЗСНП нам показују да прекршајни судови прибегавају изрицању и новчаних казни (око 5% осуђујућих пресуда). Наиме, примењује се члан 43, став 1, тачка 2 *Закона о прекршајима* којим је предвиђено да, ако се приликом одмеравања казне утврди да прекршајем нису проузроковане теже последице, а постоје олакшавајуће околности које указују на то да се и блажом казном може постићи сврха кажњавања, прописана казна се може ублажити, па се применом тих законских одредаба уместо казне затвора, као једине предвиђене за прекршај, може изрећи новчана казна или рад у јавном интересу, али не испод најмање законске мере те врсте казне.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Републички завод за статистику, <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, 27. децембар 2017.

<sup>57</sup> N1, „У 2017. у породичном насиљу страдало 29 жена и двоје деце“, 14. децембар 2017, <http://rs.n1info.com/a349284/Vesti/Vesti/U-2017.-u-porodicnom-nasilju-stradalo-29-zena-i-dvoje-dece.html>, 14. децембар 2017.

<sup>58</sup> Вид. Пресуду Прекршајног апелационог суда у Београду 2 Пржн. бр. 3/17 од 27. јуна 2017, којом је изречена новчана казна од 10.000 динара, донета по жалби



#### 4. ЗАКЉУЧАК

Прво логично питање које нам се намеће јесте да ли је било могуће све одредбе о заштити од насиља у породици концентрисати у једном закону. Резултати многобројних истраживања указују на то да наш правни систем није на најбољи начин, са строгим научним резоним и објективним приступом, одговорио предмету доктринарне анализе, а то је проблем насиља у породици.<sup>59</sup> Држава изменом постојећих и доношењем нових прописа покушава да нађе одговарајући „рецепт“ за сузбијање те изузетно штетне друштвене појаве, међутим, као што смо видели на основу резултата истраживања наше судске праксе, то не даје одговарајуће резултате у спречавању и сузбијању насиља у породици.

Оправдано, према нашем мишљењу, у центру критичког преиспитивања је и судска казнена политика када је у питању кривично дело насиље у породици.<sup>60</sup> Добијени резултати истраживања потврђују чињеницу да је одбачај кривичних пријава применом опортунитета све учесталији начин на који јавно тужилаштво решава предмете (у периоду 2015–2016. година укупно 1.140 случајева)<sup>61</sup>, а условна осуда је постала доминантан вид санкције за кривично дело насиље у породици – две трећине чини условна осуда.<sup>62</sup> Када су у питању изречене кривичне санкције за кривично дело насиље у породици, судови у нашој земљи су, у периоду 2007–2014. година, осим 8.182 условне осуде, изrekli 3.110 казни лишења слободе. Од тога највише краткотрајних казни затвора до шест месеци – 1.996 или 64% од укупног броја казни затвора.<sup>63</sup> Тренд раста броја условних осуда наставио се и 2015. године када је било укупно 1.193, а 2016. године рекордна 1.301 осуда.<sup>64</sup>

---

ПУ Ваљево на пресуду Прекршајног суда у Ваљево 2. Прн. бр. 2/17 од 15. јуна 2017, којом је изречена опомена. Вид. и Пресуду Прекршајног суда у Ваљево 8. Прн. бр. 5/17 од 6. јула 2017. године, којом је изречена новчана казна од 20.000 динара.

<sup>59</sup> С. Марковић (2015а), 208.

<sup>60</sup> Драгана Коларић, Саша Марковић, „Role of criminal law of Serbia in prevention of family violence“, *Early Intervention in Special Education and Rehabilitation* (ур. С. Николић, Р. Никић, В. Иланковић), Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Суботица 2016, 640.

<sup>61</sup> Републички завод за статистику, <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, 27. децембар 2017.

<sup>62</sup> С. Марковић (2015а), 208.

<sup>63</sup> Саша Марковић, „Насиље у породици у судској пракси Републике Србије и Европског суда за људска права“, *Европске интеграције и кривично материјално законодавство Републике Србије*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2016, 178.

<sup>64</sup> Подаци Републичког завода за статистику, <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146>, 20. децембар 2017.

Одговор извршне и законодавне власти на такве резултате казнене политике јесте доношење новог закона који за циљ треба да има превенцију – спречавање насиља у породици. Али број казни затвора изречених за првих шест месеци примене ЗСНП због кршења „превентивних“ хитних мера које су изречене или продужене при чему се осуђујућа пресуда извршава и пре њене правноснажности показује да је циљ закона и репресија – кажњавање „могућег учиниоца“ насиља у породици.<sup>65</sup> Сматрамо да увођење, први пут, у наш правни систем термина „могући учинилац“ нема неко посебно оправдање јер је ноторна чињеница да је сваки човек, у теоријском смислу, увек *могући учинилац* казног дела. Такође, неприхватљиво је термин „*непосредне опасности*“ дефинисати помоћу, исто тако, непознатог појма „могући учинилац“. Генерални концепт ЗСНП – коришћење репресивног деловања полиције (довођење и задржавање грађана), у стриктно *превентивне сврхе* је дискутабилан. Породични односи представљају, због своје природе, породичну и личну интиму. Мешање у интиму појединца и породице било које, па и законско, мора бити сведено на нужност, а и тада треба да буде такве природе и толиког обима да чува природу и стабилност брака и породице.<sup>66</sup>

У члану 8, став 2 ЕКЈП постављени су стандарди у погледу мешања државе у интиму појединца и породице. Чињеница је да Акциони план за Поглавље 23, ради хармонизације прописа са европским стандардима, истиче обавезу спречавања родно заснованог насиља, заштиту жена од насиља у партнерским односима и у породици. ЕСЈП у низу својих пресуда<sup>67</sup> разрађује концепт *due diligence* који подразумева обавезу државе да пружи заштиту од насиља у породици, поготово ако је имала пропусте или је насиље толерисала. Али да ли штитећи једну групу људских права занемарујемо друга? Истина је да свака грешка у поступању може да изазове трагичне последице за жртву<sup>68</sup>, али и кршење људских права могућег

<sup>65</sup> Поређења ради истичемо да је 2015. године према 483 лица изречена казна лишења слободе у кривичном поступку за насиље у породици, док је у периоду јун–новембар 2017. године према 586 лица изречена казна затвора у прекршајном поступку због кршења „превентивних“ хитних мера које су изречене или продужене.

<sup>66</sup> Саша Марковић, „Улога полиције у сузбијању насиља у породици у прекршајном поступку“, *НБП – Журнал за криминалистику и право* 2/2015б, 214.

<sup>67</sup> Вид. *Предмет Опуз против Турске*, Апликација бр. 33401/02, одлука од 9. јуна 2009; *Предмет Томашић против Хрватске*, Апликација бр. 46598/06, одлука од 25. јануара 2009.

<sup>68</sup> „Крајем августа 2017. године, у породичној кући у Врњачкој Бањи, син је вишеструким убодима ножем у груди лишио живота свога оца. Нарушени породични односи између сина и оца су трајали дужи период и пријављивани су надлежним органима, а дан пре убиства отац је пријавио сина због насиља. Надлежни полицијски службеник је након извршене процене ризика утврдио да нема непо-

учиниоца. Осим тога, полицијски службеник разматра и могућност постојања сопствене одговорности ако не изрекне хитне мере<sup>69</sup> или ако лице коме су хитне мере изречене, односно продужене не приведе у прекршајни суд када постоји сумња да је учинио прекршај – без обзира на сагласност жртве за комуникацију. Да ли је подношљив притисак под којим раде надлежни државни органи са циљем да „спречавају“ насиље породици? Да ли ће такав вид тензије утицати на број изречених хитних мера? Статистика већ указује на то да надлежни полицијски службеници у великом броју случајева прибегавају изрицању хитних мера.

### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bayardet, A., „Les mots de la violence“, *Hypothèses* 1/2013.
- Dorvil, H., „Ouvrage recense: Jean-Claude Chesnais, Histoire de la violence, Paris Édition Robert Laffont, Collection Les hommes et l’histoire“, *Nouvelles pratiques sociales* 1/1988.
- Драшкић, М., „Насиље у породици – прва пресуда Врховног суда Србије“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008. (Draškić, M., „Nasilje u porodici – prva presuda Vrhovnog suda Srbije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2008)
- Игњатовић, Ђ., *Криминологија*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010. (Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010)
- Коларић, Д., „Реформа кривичног материјалног законодавства РС и Поглавље 23 (на раскршћу између националног идентитета и

средне опасности од насиља у породици тако да није изрекао хитне мере.“ Саша Марковић, „Нови закон о спречавању насиља у породици и заштита права на живот“, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу* 9/2017, 264.

<sup>69</sup> Дана 16. децембра 2017. године надлежни полицијски службеник је привремено удаљен са посла због сумње да је учинио тешку повреду службене дужности из члана 207 Закона о полицији (решење МУП-а бр. 112–1148/17). Претходно, 1. децембра 2017. године, супруга је полицији пријавила супруга за насиље у породици, при чему надлежни полицијски службеник није изрекао хитне мере. Центар за социјални рад Пожаревац је, након добијања процене ризика надлежног полицијског службеника, обишао ту породицу и 14. децембра 2017. године упутио допис Полицијској управи Пожаревац у коме се наводи да сматрају да у тој породици постоји висок ризик од насиља у породици. Надлежни полицијски службеник је у поновној процени ризика утврдио да не постоји ризик непосредне опасности од насиља у породици. Дана 15. децембра 2017. године, у породичној кући у Пожаревцу, супруг је вишеструким убодима лишио живота своју супругу, а затим управљајући путничким моторним возилом ударио у теретно возило које је долазило у сусрет и на месту несреће преминуо. Против надлежног полицијског службеника поднета је кривична пријава за несавестан рад у служби (чл. 361 КЗ).

- европских интеграција“), *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2017. (Kolarić, D., „Reforma krivičnog materijalnog zakonodavstva RS i Poglavlje 23 (na raskršću između nacionalnog identiteta i evropskih integracija)“, *Reformski procesi i Poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti* (S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2017)
- Коларић, Д., Марковић, С., „Role of criminal law of Serbia in prevention of family violence“, *Early Intervention in Special Education and Rehabilitation* (ур. С. Николић, Р. Никић, В. Иланковић), Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Суботица 2016. (Kolarić, D., Marković, S., „Role of criminal law of Serbia in prevention of family violence“, *Early Intervention in Special Education and Rehabilitation* (ur. S. Nikolić, R. Nikić, V. Panković), Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju, Subotica 2016)
- Лазич, Р., Ненадић, С., „Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици“, *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2017. (Lazić, R., Nenadić, S., „Javno tužilaštvo pred izazovima Zakona o sprečavanju nasilja u porodici“, *Reformski procesi i Poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti* (ur. Stanko Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2017)
- Марковић, С., *Улога полиције у откривању и доказивању насиља у породици*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Marković, S., *Uloga policije u otkrivanju i dokazivanju nasilja u porodici*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)
- Марковић, С., „Насиље у породици у судској пракси Републике Србије и Европског суда за људска права“, *Европске интеграције и кривично материјално законодавство Републике Србије*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2016. (Marković, S., „Nasilje u porodici u sudskoj praksi Republike Srbije i Evropskog suda za ljudska prava“, *Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2016)
- Марковић, С., „Улога полиције у сузбијању насиља у породици у прекршајном поступку“, *НБП – Журнал за криминалистику и право* 2/2015. (Marković S., *Uloga policije u suzbijanju nasilja u porodici u prekršajnom postupku*, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo* 2/2015)

- Марковић, С., „Нови закон о спречавању насиља у породици и заштите права на живот“, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу* 9/2017. (Marković, S., „Novi zakon o sprečavanju nasilja u porodici i zaštita prava na život“, *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu* 9/2017)
- Милисављевић, Б., „Преглед међународноправне регулативе у области спречавања насиља у породици“, *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције* (ур. Д. Коларић), I том, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2014. (Milisavljević, B., „Pregled međunarodnopravne regulative u oblasti sprečavanja nasilja u porodici“, *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* (ur. D. Kolarić), I том, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014)
- Панов, С., „Насиље у породици – позитивно правни контрапунктови“, *Насиље у породици* (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012. (Panov, S., „Nasilje u porodici – pozitivno pravni kontrapunktovi“, *Nasilje u porodici* (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012)
- Симеуновић Патић, Б., „О насиљу и теоријским приступима његовом објашњењу“, *Насиље у Србији – облици, чиниоци, контрола* (ур. Б. Симеуновић Патић), први део, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2015. (Simeunović Patić, B., „O nasilju i teorijskim pristupima njegovom objašnjenju“, *Nasilje u Srbiji – oblici, činioci, kontrola* (ur. B. Simeunović Patić), prvi deo, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015)
- Станко, Е., „Насиље“, *Енциклопедија друштвених наука* (ур. А. Купер, Џ. Купер), II том, Службени гласник, Београд 2009. (Stanko, E., „Nasilje“, *Enciklopedija društvenih nauka* (ur. A. Kuper, Dž. Kuper), II том, Službeni glasnik, Beograd 2009)
- Шкулић, М., „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)“, *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор 2017. (Škulić, M., „Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije i Poglavlje 23 (neophodnost nastavka rada na reformi ili završeni proces reforme)“, *Reformski procesi i Poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti* (S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2017)
- Шкулић, М., „Кривично дело насиља у породици“, *Насиље у породици* (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Прав-

ни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012. (Škulić, M., „Krivično delo nasilja u porodici“, *Nasilje u porodici* (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012)

Dragana Kolarić, PhD

Full Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

Saša Marković, PhD

Assistant Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies

## SOME DILEMMAS REGARDING IMPLEMENTATION OF THE LAW ON PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE

### *Summary*

The paper contains an analysis of certain provisions of the Law on the Prevention of Domestic Violence and the first effects of its implementation. At the very beginning the question is asked of justification of the Law on the Prevention of Domestic Violence. Almost on a daily basis nowadays the news headlines refer to violence among the family members, particularly the violence of men against women and children. The main debate in media is about whether the state organs and society as a whole have taken all necessary steps to prevent violence from happening at all.

The authors point to the unacceptable terminology of the legislator. There are many questions asked and an attempt is made to give the answers to some of them following the legal norms. Who is the possible perpetrator of domestic violence? What kind of procedure are we talking about? What is the role of the defender in this procedure? Do urgent measures play preventive or repressive role? Has their imposing become a dominant manner in preventing and suppressing domestic violence? Has the right to freedom of a possible perpetrator been jeopardized? What are the first effects of such manner of conduct of state organs, primarily the police, the public prosecution office and the court? How can possible abuses be prevented?

One of the effects of the implementation of the Law on the Prevention of Domestic Violence should be prevention – the reduction in number of criminal offences of domestic violence. However, analyzing the available data the authors have come to quite the opposite conclusions. This means that the state has not responded in the best manner, using strict scientific reasoning and objective approach, to the matter of doctrinal analysis, and this is the problem of domestic violence.

Key words: *Domestic violence. – Prevention. – Law. – Urgent measures. – Competent police officer. – Possible perpetrator.*

Article history:

Received: 16. 10. 2017.

Accepted: 5. 2. 2018.

Др Ђорђе Л. Николић\*

ОБЈЕКТИВНА ОДГОВОРНОСТ МЕДИЦИНСКИХ  
ПОСЛЕНИКА ЗА ШТЕТУ ОД ОПАСНИХ  
МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА –  
АРГУМЕНТИ *PRO ET CONTRA*

*У раду се анализира могућност заснивања објективне одговорности медицинских посленика за штету проузроковану пацијентима применом опасних медицинских средстава. Анализа бившег југословенског права показује да, и поред усвојеног отвореног система објективне одговорности, Савезни суд СФРЈ није прихватио такву одговорност. Посебно је описано стање у актуелној хрватској и српској правној теорији и судској пракси које показује да се објективна одговорност медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава начелно не искључује. После разматрања аргумената *pro et contra*, аутор закључује да већи број аргумената оправдава могућност заснивања такве одговорности медицинских посленика.*

Кључне речи: *Медицински посленици. – Медицинска средства. – Објективна одговорност.*

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Савремена медицина не може ни да се замисли без употребе најразличитијих медицинских средстава.<sup>1</sup> Њихово поседовање не само што је неопходно за оснивање здравствених установа и приватне праксе, већ је и њихова општа дужност да користе што савременија медицинска средства. Масовна употреба технике утицала је и на промену односа између лекара и пацијента ка његовој све

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, [djonik@prafak.ni.ac.rs](mailto:djonik@prafak.ni.ac.rs).

<sup>1</sup> Јаков Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд 2004, 205.



већој деперсонализацији.<sup>2</sup> Пацијент је раније веровао искључиво у свог лекара, а данас више верује у медицинску технику<sup>3</sup>, тако да се и однос лекар–пацијент све више претвара у однос уређај–пацијент.<sup>4</sup>

Међутим, примена многих медицинских средстава није ни сасвим поуздана ни потпуно безопасна јер могу да повреду здравље и живот пацијента и нанесу му штету. Највећи број штета настаје пропуштима медицинских посленика<sup>5</sup>, али су оштећења понекад узрокована и изненадним отказивањем или кваром медицинског средства, који се не може приписати њиховом пропусту. Осим тога, знатан број штета изазван је опасним медицинским средствима јер од њих потиче повећана опасност штете за околину, посебно за пацијенте.

Основни циљ рада је да се испита да ли се на штете које су пацијентима проузроковане опасним медицинским средствима могу примењивати правила објективне одговорности, будући да је Савезни суд СФРЈ стао на становиште да је таква одговорност могућа у односу на радника болнице или неко треће лице, али да није могућа и у односу на лице у чијем се лечењу користи опасно медицинско средство.<sup>6</sup> У раду се, с обзиром на његов ограничен обим, не разматра и одговорност за штету од опасне медицинске делатности.

Могућност објективне одговорности медицинских посленика за штету проузроковану пацијентима применом опасних медицинских средстава биће размотрена у контексту бившег југословенског и актуелног хрватског и српског права. Најпре ће се указати на појам и врсте медицинских средстава, као и на отворени систем објективне одговорности, а у наставку ће се анализирати аргументи којима се објективна одговорност медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава оспорава и оправдава.

<sup>2</sup> Petar Klarić, „Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja“, *Pravo u gospodarstvu* 4/2002, 68; J. Радишић (2004), 205.

<sup>3</sup> J. Радишић (2004), 205.

<sup>4</sup> P. Klarić (2002), 68.

<sup>5</sup> У обављању здравствене делатности, медицинска средства употребљавају медицински посленици, тако да су они најчешће одговорни за штету која се у вези са применом медицинских средстава проузрокује пацијентима. Сам израз „медицински посленик“ не користи законодавац, нити је уобичајен у свакодневном говору. Њиме се у правној теорији означавају физичка и правна лица која се професионално, као својим сталним занимањем, баве здравственом делатношћу. С обзиром на то, изразом „медицински посленик“ у овом раду ће бити обухваћена она лица која се у чл. 6, 45 и 165 Закона о здравственој заштити – 333, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2212, 45/2013 – др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015, означавају изразима здравствена установа, приватна пракса, здравствени радник и здравствени сарадник.

<sup>6</sup> Пресуда Савезног суда Гзс-62/77 од 26. јануара 1978. године, *Правни живот* 3/1978, 73–74.

## 2. ПОЈАМ И ВРСТЕ МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА

Израз „медицинско средство“ новијег је датума. Први пут је предвиђен Законом о лековима и медицинским средствима од 2004. године<sup>7</sup>, да би се убрзо усталио и у законодавству<sup>8</sup> и у правној теорији.<sup>9</sup>

Уобичајено је да се у правној теорији под медицинским средствима подразумевају апарати, уређаји или справе које непосредно служе у дијагностичке или терапијске сврхе, тако да не спадају у медицинска средства оне ствари које не служе испитивању или лечењу пацијента, него у неке друге сврхе (нпр. болничка колица, кревети и сл.).<sup>10</sup>

Актуелним ЗЛМС (чл. 171) предвиђене су три врсте медицинских средстава, и то: општа медицинска средства, инвитро дијагностичка медицинска средства и активна имплантабилна медицинска средства. Поред тога што одређује њихове појмове, тим законом су прописане и њихове поделе. Посебан значај у вези са штетом која се применом медицинских средстава може проузроковати пацијенту имају две поделе општих медицинских средстава. Прва њихова подела је извршена према степену ризика за корисника, а друга према природи медицинских средстава, њиховој повезаности са изворима енергије и другим особинама.

Општа медицинска средства се, према степену ризика за корисника, деле на медицинска средства са ниским (I класа), вишим (IIа класа), високим (IIб класа) и највишим степеном ризика за корисника (III класа).<sup>11</sup> Сврставање медицинског средства у неку од тих класа има велики значај и за грађанскоправну одговорност медицинских посленика. Наиме, ако је оно сврстано у IIб или у III класу, онда је то сигурно веома јака индиција за суд да такво медицинско средство квалификује као опасну ствар у смислу правила о одговорности за штету од опасне ствари.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Закон о лековима и медицинским средствима, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004.

<sup>8</sup> Закон о лековима и медицинским средствима – ЗЛМС, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010 и 107/2012.

<sup>9</sup> Неда Ивовић, „Одговорност болнице за штету нанијету пацијенту усљед недостатка медицинског средства“, *Правни живот* 9/2007, 365.

<sup>10</sup> Klarić (2002), 69; Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, Berlin 2003<sup>5</sup>, 204; Јаков Радишић, *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд 2007, 207; Неда Ивовић, *Накнада штете усљед љекарске грешке*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2007, 260.

<sup>11</sup> Чл. 175, ст. 1, тач. 1 ЗЛМС.

<sup>12</sup> Разврставање појединих медицинских средстава у неку од наведених класа извршено је Правилником о класификацији општих медицинских средстава – ПКМС, *Службени гласник РС*, бр. 46/2011.

Слична је ситуација и са поделом општих медицинских средстава на неинвазивна, инвазивна и активна, која је извршена према природи медицинских средстава, њиховој повезаности са изворима енергије и другим особинама<sup>13</sup>, јер ће сврставање неког медицинског средства у групу инвазивних или активних медицинских средстава сигурно бити јака индиција за суд да сва таква медицинска средства квалификује као опасне ствари.

С обзиром на то, иако је појам опасне ствари један правни стандард<sup>14</sup>, чије су границе променљиве, тако да суд у сваком конкретном случају оцењује да ли је нека ствар опасна, својство опасних ствари најчешће ће имати општа и активна имплантабилна медицинска средства, с тим што ће од општих медицинских средстава такво својство скоро увек добијати медицинска средства која, према степену ризика за корисника, долазе у класу II и класу III, као и инвазивна и активна медицинска средства.

### 3. ОТВОРЕНИ СИСТЕМ ОБЈЕКТИВНЕ ОДГОВОРНОСТИ У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ, ХРВАТСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

#### 3.1. Југословенско право и судска пракса

Уводећи објективну одговорност у југословенски Закон о облигационим односима (ЗОО),<sup>15</sup> његови редактори су се определили за тзв. отворени систем објективне одговорности. Она је предвиђена на општи начин, и то тако што се повезује са штетом од ствари или делатности од којих потиче повећана опасност штете за околину.<sup>16</sup> Законом није дефинисан појам „опасна ствар“. То је, у ствари, правни стандард, еластичан и директиван појам, тако да у сваком конкретном случају суд треба да оцени да ли је нека ствар, са становишта прописа о одговорности за штету, опасна или безопасна.<sup>17</sup> Концепт објективне одговорности који је усвојен у ЗОО има веома широко поље примене, тако да, начелно, и медицинска средства могу имати карактер опасних ствари ако од њих потиче повећана опасност ште-

<sup>13</sup> Чл. 175, ст. 1, тач. 2 ЗЛМС.

<sup>14</sup> Јаков Радишић, *Облигационо право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш 2016, 275.

<sup>15</sup> Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, као и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

<sup>16</sup> Чл. 154, ст. 2 ЗОО.

<sup>17</sup> Ј. Радишић (2016), 275–276; Petar Klarić, „Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Prvi dio)“, *Hrvatska pravna revija* 8/2001, 17; Ivica Crnić, „Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova“, *Aktuelnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse XXIII* (ur. Ivo Grbin), Opatija 2008, 138.

те за околину. То посебно важи за она медицинска средства која, с обзиром на степен ризика за корисника (пацијента) долазе у класу медицинских средстава са високим (IIб) и највишим степеном ризика (III).

Иако се у југословенској судској пракси и правној теорији афирмисала још пре доношења ЗОО, правила објективне одговорности нису се примењивала на штете које су проузроковане пацијентима применом медицинских средстава. Једино су у појединим случајевима из хрватске судске праксе и на медицинске посленике примењивана правила објективне одговорности.<sup>18</sup> Међутим, таква пракса хрватских судова прекинута је једном одлуком Савезног суда СФРЈ из 1978. године<sup>19</sup>, којом су, поводом захтева за заштиту законитости, укинуте одлуке Окружног суда у Загребу и Врховног суда Хрватске<sup>20</sup>, којима је пацијенту признато право на обештећење због тешке телесне повреде која му је била изазвана лечењем електрошоковима. У образложењима својих одлука нижестепени судови су стали на становиште да је лечење електрошоковима „толико опасно да болница, као ималац опасне ствари, одговара за штету по начелима објективне одговорности“. Насупрот ставу нижестепених, Савезни суд је сматрао да „болница, као ималац опасне ствари, одговара каузално за штету коју претрпи радник болнице или неко треће лице, осим лица у чијем се лечењу користи та опасна ствар“, а затим закључио да „ако правила медицинске науке односно струке, упркос предвидљивости могућег ризика у виду штетних последица по здравље пацијента, допуштају такав начин лечења, ако је он општеприхваћен у медицини, онда је очевидно да за изузетно наступање штетних последица болница не може одговарати по основу објективне одговорности, тј. на основу самог проузроковања, без обзира на кривицу“. Напротив, тај суд наводи да болница пацијенту може одговарати само по основу кривице.

За разлику од хрватске, судска пракса у Србији и осталим југословенским републикама чврсто је стајала на становишту да медицински посленици могу одговарати пацијентима за штету само по основу кривице, што значи да је ризик нескривљеног отказивања опасног медицинског средства и ризик његове примене сносио пацијент. Тако се у једној одлуци Врховног суда Србије из 1969. го-

<sup>18</sup> Пресуда Врховног суда Хрватске, Гж. 3112/66 од 23. фебруара 1967. године, *Привреда и право* 11/1968, 47; Пресуда Врховног суда Хрватске, Гж. 5320/1972 од 28. маја 1974. године, *Преглед судске праксе у години 1974*, бр. 6, Загреб 1975, 37.

<sup>19</sup> Пресуда Савезног суда Гзс-62/77 од 26. јануара 1978. године, *Правни живот* 3/1978, 73–74.

<sup>20</sup> Одлука Окружног суда у Загребу П. 1322/75 од 22. септембра 1975. године и Одлука Врховног суда Хрватске Гж. 119/76 од 11. јануара 1977. године, *Преглед судске праксе у години 1977*, бр. 11, Загреб 1977, 28–29.

дине наводи да „лице које се подвргне медицинској интервенцији сноси ризик објективних последица те интервенције“ и да „здравствена установа која изводи медицинску интервенцију одговара само... за последице које јој се могу приписати у кривицу“.<sup>21</sup> Скоро исто образложење поновио је Врховни суд Србије и поводом захтева да здравствена установа надокнади штету која је изазвана примањем живе вакцине против грипа кроз нос пацијенткиње, што је узроковало грипозно обољење мозга и потпуни губитак чула мириса.<sup>22</sup> Ипак, интересантна је једна одлука Врховног суда Србије у којој суд, иако није применио правила објективне одговорности, наводи да би тужена била одговорна и према правилима о одговорности за опасне ствари и опасне делатности.<sup>23</sup>

### 3.2. Неуједначена судска пракса у Хрватској и једна изузетна одлука у Србији

Пошто су и Хрватска и све бивше југословенске републике задржале отворени систем објективне одговорности, судска пракса Хрватске је, после распада СФРЈ, почела поново да примењује правила објективне одговорности на штете проузроковане пацијентима опасним медицинским средствима, али у том погледу није јединствена. У једном случају суд је закључио да за компликовани порођај болница одговара по начелу објективне одговорности јер је реч о опасној делатности од које потиче повећана опасност настанка штете<sup>24</sup>, док је, у случају штете која је пацијенту проузрокована коронарографијом, суд стао на становиште да медицински посленик одговара по начелу кривице.<sup>25</sup>

Посебан значај има, ипак, један случај у којем је одлучивао и Уставни суд Републике Хрватске. Првостепени суд је, поводом захте-

<sup>21</sup> Пресуда Врховног суда Србије – Нови Сад, Гж. 356/69 од 15. маја 1969. године, *Билтен Врховног суда Србије* 16, Београд 1969, 15.

<sup>22</sup> Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2066/1980 од 14. јануара 1981. године, *Правни живот* 11/1981, 121. Интересантно је да су нижестепени судови обавезали здравствену установу да пацијенткињи надокнади штету, не упуштајући се у објашњење основа њене одговорности.

<sup>23</sup> Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1048/98 од 18. марта 1998. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 1, Београд 1998, 23–24. Поводом ревизије тужене као лекара гинеколога којом оспорава своју искључиву кривицу за штету проузроковану смрћу пацијенткиње, Врховни суд је, опредељујући се за став да је она искључиво крива за насталу штету, у образложењу своје одлуке само напоменула да би тужена била одговорна и према правилима о одговорности за опасне ствари и опасне делатности јер је „прекид трудноће у дванаестој недељи опасна делатност“.

<sup>24</sup> Пресуда Жупанијског суда у Загребу, Gžn-1669/02 од 14. октобра 2003. године, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, 20. јун 2017.

<sup>25</sup> Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Rev-540/03 од 17. децембра 2003. године, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, 20. јун 2017.

ва пацијента да му се надокнади штета коју је задобио у виду опеко-тина коже трећег степена, нашао да је тужена болница одговорна за настале повреде тужиоца према одредбама о одговорности за опасне ствари и опасне делатности јер је утврдио да је „терапијски поступак примене галванске струје опасна делатност“. Другостепени суд је одбио жалбу тужене болнице у целини, утврдивши да је „апарат за спровођење терапије галванском струјом по својим особинама, намени и положају опасна ствар“. Уставни суд је одбио уставну тужбу тужене болнице, посебно истакавши да је „објективна одговорност предвиђена генерално за све штете од ствари и делатности с повећаном опасности за околину“.<sup>26</sup>

Међутим, становиште изражено у поменутој одлуци Уставног суда, које се сматра „упућујућим и за будућу праксу редовних судова“<sup>27</sup>, није следио и Врховни суд Републике Хрватске. Он је одбио ревизију тужиле у којој је тврдила да је погрешно примењено материјално право јер поводом штете која је проузрокована применом колоноскопа, као опасне ствари, нису примењена правила о одговорности за опасне ствари. Врховни суд се сагласио са ставом нижестепених судова да је у примени колоноскопа „реч о стандардној медицинској претрази додуше инвазивној, која у својој бити укључује и могуће компликације“<sup>28</sup>, што је веома проблематичан став. Наиме, израз „стандардна медицинска претрага“ није синоним за претрагу која је безбедна, док израз „инвазивна претрага“ и оцена да је то претрага која „у својој бити укључује и могуће компликације“ несумњиво упућују на закључак да је колоноскоп опасна ствар, а претрага колоноскопом опасна делатност.<sup>29</sup>

За разлику од хрватских, српски судови нису подржавали објективну одговорност медицинских посленика јер је доминирало опредељење да је кривица сасвим довољна да покрије све случајеве штета проузрокованих медицинским средствима.<sup>30</sup> Међутим, одступање од тог опредељења и зачетак могућег преокрета у српској судској пракси могла би да представља одлука Првог основног суда

<sup>26</sup> Одлука Уставног суда Републике Хрватске, У-III-1062/2005 од 15. новембра 2007. године, [www.usud.hr](http://www.usud.hr), 20. јун 2017. Вид. Hrvoje Kačer, „Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini“, *Hrvatska pravna revija* 4/2008.

<sup>27</sup> Ivica Crnić, „Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Prvi dio)“, *Hrvatska pravna revija* 1/2009, 41.

<sup>28</sup> Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Rev-x 588/09–2 од 10. фебруара 2010. године, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>, 20. јун 2017.

<sup>29</sup> Колоноскоп се, према чл. 11, ст. 2, тач. г) ПКОМС сврстава у средства са највишим степеном ризика за пацијента (III класа).

<sup>30</sup> Радишић (2007), 211; Хајрија Мујовић Зорнић, „Одговорност за медицинске штете“, *Осигурање, накнада штете и нови грађански судски поступци* (ур. Здравко Петровић), Београд 2011, 36–37.

у Београду<sup>31</sup>, која је потврђена одлуком Апелационог суда у Београду.<sup>32</sup> Пацијенту је, током оперативног лечења калкулозне жучне кесе, нисконапонским струјама нанета тешка телесна повреда у виду опекотина. Иако су постојали писмени докази да је штета настала као последица неисправног уређаја, што у великој мери индицира и кривицу здравствене установе, суд је, ипак, стао на становиште да је штета проузрокована уређајем који представља опасну ствар<sup>33</sup>, тако да је здравствену установу, као њеног имаоца, обавезао на накнаду штете према правилима одговорности за опасне ствари. При томе, наглашавајући неисправност медицинског средства, суд је потенцирао његову повећану опасност, али и кривицу медицинског посленика, за случај да виши суд не прихвати став о његовој објективној одговорности.

#### 4. АРГУМЕНТИ *PRO ET CONTRA* ОБЈЕКТИВНЕ ОДГОВОРНОСТИ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА

Грађанскоправна одговорност медицинских посленика заснована је, пре свега, на кривици, што је у складу са елементарним захтевима правичности.<sup>34</sup> Они су позвани и опредељени да пружају помоћ пацијентима и зато је логично да пацијентима одговарају за штету само ако је њихова интервенција била погрешна и кад су за то криви.<sup>35</sup> Кривица се сматра не само подесном, већ и довољном за одговорност медицинских посленика.<sup>36</sup> Међутим, у новије време се заступа и став да за штете проузроковане пацијентима опасним медицинским средствима медицински посленици одговарају објективно, тј. без обзира на кривицу.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Пресуда П. бр. 79409/10 од 11. марта 2013. године (необјављена).

<sup>32</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 7912/13 од 12. децембра 2014. године, <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/medicinsko-pravo/gz-7912-13.html>, 20. јун 2017.

<sup>33</sup> Према чл. 14, ст. 2, б) ПКОМС, уређај за електрокаутеризацију се разврстава у медицинска средства са високим степеном ризика за корисника (IIb класа).

<sup>34</sup> Ј. Радишић (2016), 211.

<sup>35</sup> Јаков Радишић, „О одговорности лекара уопште“, *Право – теорија и пракса* 3–4/2000, 64.

<sup>36</sup> Ј. Радишић (2007), 211; Миодраг Орлић, „Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету“, *Правни живот* 7–8/2012, 9, сматра да одговорност која зависи од кривице има дубок смисао и да има велики значај за медицину.

<sup>37</sup> Мирса Мијачић, „Одговорност за штету изазвану медицинским апаратима“, *Правни живот* 9–10/1992, 1810; Р. Кларић (2001), 17–18; Р. Кларић (2002), 76–81; Ivica Crnić, *Odgovornost liječnika za štetu*, Organizator, Zagreb 2009, 91–97; Viktor

У југословенском праву, као и у праву бивших југословенских република, објективна одговорност се предвиђа на генералан начин, тако да је и објективна одговорност медицинских посленика за штету од опасног медицинског средства начелно могућа. Ипак, правна теорија и судска пракса нису, у том погледу, јединствене. Напротив, док једни аутори сматрају да идеја о одговорности за опасне ствари „није применљива на односе између лекара и пацијената“,<sup>38</sup> други закључују да „има све више разлога“ да се и у односу на накнаду која се захтева од медицинских посленика примене правила објективне одговорности<sup>39</sup>, односно да „нема ниједног разлога“ због кога се медицински уређај не би могао сматрати опасном ствари.<sup>40</sup> Због те несаслажности ће се, сучељавањем са разлозима којима се оспорава, сумарно указати на разлоге који оправдавају објективну одговорност медицинских посленика за штету проузроковану пацијентима применом опасних медицинских средстава.

#### 4.1. Ограничење одговорности на штету проузроковану „стручном грешком“

Иако је у правној теорији остала прилично незапажена, једна законска одредба је озбиљна препрека заснивању објективне одговорности медицинских посленика. То је одредба из Закона о правима пацијената (ЗПП), у којем се, прокламујући право пацијента на накнаду штете, то право условљава „стручном грешком“ здравствених радника и сарадника.<sup>41</sup> Том одредбом се, заиста, генерално искључује објективна одговорност медицинских посленика, тако да би она могла постојати само у законом посебно предвиђеним случајевима.<sup>42</sup>

Поменуто ограничење грађанскоправне одговорности медицинских посленика је, према свему судећи, потпуно непримерено јер је супротно духу закона којим се прописује. Наиме, уместо афирмације пацијентових права, што је интенција законодавца, спорном одредбом се неоправдано ограничава једно опште облигационо право у односу на пацијенте. Ни термин „стручна грешка“ не кореспондира

---

Planinšec, „Razlogi za objektivno zdravinsko odgovornost“, *Pravna praksa* 4/2005, 18; Н. Ивовић (2007b), 268; Saša Nikšić, „Osnovna obilježja odgovornosti za štete u medicini“, *Liječnički vjesnik godište* 130, 2008, 285; Н. Каџер, 36–37; Самир Манић, *Одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015, 55.

<sup>38</sup> Ј. Радишић (2000), 64.

<sup>39</sup> I. Crnić (2008), 137; I. Crnić (2009b), 93.

<sup>40</sup> Н. Ивовић (2007b), 268.

<sup>41</sup> Чл. 31, ст. 1 Закона о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013.

<sup>42</sup> У чл. 25, тач. 8 ЗПП предвиђена је одговорност без кривице само у случају кад се ради о пацијенту који учествује у медицинском испитивању.



са облигационоправном терминологијом. Уз то, том одредбом се неоправдано фаворизују медицински посленици у односу на све остале имаоце опасних ствари.

С обзиром на то, спорну законску одредбу треба изменити тако да прописује да пацијенти имају право на накнаду штете према општим прописима облигационог права, што је и решење из упоредног права.<sup>43</sup>

#### 4.2. Кривица као подесан основ одговорности

Кривица је, несумњиво, веома подесан основ одговорности уопште, па и медицинских посленика. У знатном делу, нарочито старије правне теорије, сматра се да је она и довољан основ њихове одговорности, који омогућује да се медицински посленици усредсреде на свој посао и да не страхују превише од своје одговорности.<sup>44</sup> Уз то, одговорност по основу кривице најбоље осигурава и слободу стручног деловања медицинских посленика јер им гарантује да неће одговарати за погоршање здравља пацијента или неуспех лечења, ако поступају пажљиво и према правилима струке.<sup>45</sup> Из тога следи да би објективна одговорност медицинских посленика, као строжа, негативно утицала на њихов рад.

Иако је некада био доста убедљив, тај аргумент против објективне одговорности данас нема такав значај. Опште је познато да највећи број медицинских посленика делује у својству запослених, тако да за штету коју они проузрокују одговара у првом реду њихов послодавац,<sup>46</sup> с тим што оштећени може захтевати накнаду штете и непосредно од запосленог, само ако је овај штету изазвао намерно.<sup>47</sup> Послодавац који је оштећеном надокнадио штету могао би да се регресира од запосленог само ако је овај штету проузроковао намерно или крајњом непажњом.<sup>48</sup> Све то упућује на закључак да је грађанскоправна одговорност запослених медицинских посленика мало вероватна, тако да би и негативан утицај објективне одговорности на њихов рад био готово занемарљив. Уз то, обештећење пацијената све чешће преузимају осигуравачи<sup>49</sup> јер се медицински посленици осигуравају од професионалне одговорности.

<sup>43</sup> Чл. 29 *Zakona o zaštiti prava pacijenata*, *Narodne novine RH*, 169/2004, 37/2008.

<sup>44</sup> Ј. Радишић (2000), 65; V. Planinšec, 17; М. Орлић, 9; Х. Мујовић Зорнић, 37.

<sup>45</sup> Petar Klarić, *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2003, 391.

<sup>46</sup> Чл. 171, ст. 1 ЗОО, у вези са чл. 170, ст. 1 и 2 ЗОО.

<sup>47</sup> Чл. 170, ст. 2 ЗОО.

<sup>48</sup> Чл. 171, ст. 2 ЗОО.

<sup>49</sup> М. Мијачић, 1808, наводи у том смислу да је „лекар заштићен одговорношћу здравствене установе за његове радње, као и осигурањем од одговорности“.

#### 4.3. Прибегавања тзв. дефанзивној медицини

Један део правне теорије исказује бојазан да би страх од поштрене објективне одговорности одвраћао медицинске посленике од примене најсавременијих медицинских средстава и усмеравао их на неговање тзв. дефанзивне медицине<sup>50</sup>, која није у интересу пацијената јер не би добили савремену медицинску услугу.

Тај разлог против објективне одговорности лишен је данас сваког реалног основа. Оснивање здравствених установа могуће је само уз испуњење одређених стандарда, укључујући и стандарде снабдевености одговарајућим медицинским средствима, тако да медицински посленик чини лекарску грешку ако не примени медицинско средство које је за своје оснивање морао поседовати.<sup>51</sup> Уз то, све јача конкуренција на тржишту медицинских услуга избациваће са тржишта оне медицинске посленике који не примењују савремена средства<sup>52</sup>, а фаворизоваће оне који примењују најсавременија дијагностичка и терапеутска медицинска средства.

#### 4.4. Чија корист, тога и штета

На сношење штетних последица које настају услед примене опасног медицинског средства старија правна теорија је примењивала принцип „чија корист, тога и штета“ (*Ubi emolumentum, ibi onus*).<sup>53</sup> Због користи коју има од примене опасног медицинског средства пацијент је, према том принципу, сносио и све штетне последице његове примене, које се не могу приписати кривици медицинског посленика.

Изложено резонување сувише је једнострано и тешко се може успешно бранити јер има у виду пацијента, као јединог корисника медицинског средства. При томе, потпуно се занемарује то што корисник медицинског средства није само пацијент већ у првом реду и у неупоредиво већој мери и медицински посленик.<sup>54</sup> Овај потоњи

<sup>50</sup> Јаков Радишић, *Професионална одговорност медицинских посленика*, Институт друштвених наука, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд 1986, 260; М. Мијачић, 1807; Ј. Радишић (2000), 65; Р. Klarić (2001), 15; Х. Мујовић Зорнић, 37; V. Planinšec, 17; Nataša Samec-Berghaus, Rok Felicijan-Pristovšek, „Nova dognanja odškodinski odgovornosti zdravnika“, *Razmerje med pacientom in zdravnikov*, Lexonomija pres, Maribor 2016, 122.

<sup>51</sup> Ј. Радишић (2004), 206; Ј. Радишић (2007), 208; Михајло Цветковић, Ђорђе Николић, „Одговорност за штету проузроковану због непоседовања и непримене неопходних медицинских средстава“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014, 356.

<sup>52</sup> Н. Ивовић (2007b), 271.

<sup>53</sup> Ј. Радишић (1986), 260; Ј. Радишић (2004), 209.

<sup>54</sup> М. Мијачић, 1810; Р. Klarić (2002), 78; Н. Ивовић (2007b), 270; С. Манић, 156.

опасно медицинско средство, као његов ималац, редовно користи за обављање медицинске делатности којом остварује приходе. Зато и за њега треба да важи принцип „чија корист, тога и штета“.<sup>55</sup> У ствари, корист од употребе опасних медицинских средстава редовно и масовно остварују медицински посленици, а од пацијената корист имају само они од њих који су имали срећу да је оно исправно функционисало.<sup>56</sup>

У правној теорији се, као неприхватљиво и очигледно неправично<sup>57</sup>, оцењује то што се на пацијенте превалује сва нескривљена штета, упркос чињеници да од редовне примене опасних медицинских средстава и медицински посленици остварују одговарајућу корист. Штавише, у случају кад се применом опасног медицинског средства пацијенту начини штета, могло би се тврдити да корист од његове примене има само медицински посленик. Такав закључак, наравно, није прихватљив, јер пацијенти генерално имају велику корист од примене медицинских средстава. Међутим, с обзиром на то да још већу корист од примене медицинских средстава остварују и медицински посленици, било би у потпуном складу са принципом „чија корист, тога и штета“ да и медицински посленици сnose један део нескривљене штете проузроковане пацијентима применом опасних медицинских средстава.

#### 4.5. Правична расподела ризика

Својим пристанком на медицинску интервенцију пацијент преузима ризик лечења који је условљен чиниоцима који потичу из његовог организма, док медицински посленици преузимају ризик штета условљен њиховом кривицом. То је једна сасвим правична расподела ризика, која је и у потпуном складу са обавезом средства какву, по правилу, преузимају медицински посленици.

С тим у вези, поставља се питање да ли је, и у случају штета које су пацијентима проузроковане применом опасних медицинских средстава, таква расподела ризика правична. Постоји мишљење да и такве штете треба да сnose пацијенти<sup>58</sup>, при чему се у прилог таквом ставу наводи да пацијент, ако хоће да буде лечен средствима модерне медицине, мора да прихвати и неизбежан ризик таквог лечења.<sup>59</sup> Међутим, таква расподела ризика била би веома неправична<sup>60</sup> јер би

<sup>55</sup> М. Мијачић, 1810.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Р. Кларић (2002), 81.

<sup>58</sup> Ј. Радишић (1986), 260; Р. Кларић (2002), 73; Ј. Радишић (2007), 212; Н. Ивовић (2007b), 265.

<sup>59</sup> Ј. Радишић (1986), 260; Ј. Радишић (2004), 209; М. Мијачић, 1807.

<sup>60</sup> М. Мијачић, 1808; Р. Кларић (2002), 81.

пацијент, осим оних које је медицински посленик скривио, сносио сав остали ризик штета проузрокованих применом опасних медицинских средстава. У том смислу се и наглашава да би пацијента, који сноси ризик неуспешног лечења који је условљен чиниоцима који потичу из његовог организма, оптерећивао и ризик случајних штета проузрокованих применом опасних медицинских средстава.<sup>61</sup> Пошто такав ризик не потиче од организма пацијентовог него од медицинског средства, правично би било да се ни он не сваљује на пацијенте.<sup>62</sup> Напротив, такав ризик треба да снесе медицински посленици, не само као имаоци и корисници опасних медицинских средстава већ и као лица која су дужна да гарантују њихово беспрекорно и безопасно функционисање.<sup>63</sup>

Према томе, правично би било да се и повећани ризик штета који потиче од примене опасног медицинског средства расподели између медицинског посленика и пацијента. Медицински посленик би сносио ризик случајних штета проузрокованих самом применом, кваром или отказивањем медицинског средства, док би пацијент сносио онај ризик штета који потиче од више силе, тј. од неког узрока који се налазио ван опасног медицинског средства, чије се дејство није могло предвидети, избећи ни отклонити,<sup>64</sup> као и искључиво радњом оштећеника или трећег лица, коју он није могао да предвиди и чије последице није могао да избегне или да отклони.<sup>65</sup> Та правична расподела ризика обезбеђује се управо применом правила о одговорности за опасне ствари<sup>66</sup>, која обухвата и одговорност за штете које се пацијентима случајно нанесу самом применом, кваром или отказивањем опасних медицинских средстава, али не обухвата ризик штета условљен чињеницама из организма пацијентовог<sup>67</sup>, ни ризик штета проузрокованих вишом силом.

#### 4.6. Начин лечења који је допуштен и општеприхваћен упркос могућег ризика

У напред поменутој одлуци Савезног суда (Гзс-62/77) закључује се да нема места одговорности болнице у случају кад правила медицинске науке и струке, упркос предвидљивости могућег ризика у виду штетних последица по здравље пацијента, „допуштају одређени

<sup>61</sup> М. Мијачић, 1808.

<sup>62</sup> Erwin Deutsch, *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukte-recht*, Berlin 1999, 173; Р. Klarić (2002), 81; Ивовић (2007b), 267.

<sup>63</sup> Радишић (1986), 259.

<sup>64</sup> Чл. 177, ст. 1 ЗОО.

<sup>65</sup> Чл. 177, ст. 2 ЗОО.

<sup>66</sup> Н. Ивовић (2007b), 268.

<sup>67</sup> Радишић (2004), 75; Радишић (2007), 55.

начин лечења, ако је он општеприхваћен у медицини“. У том случају, заиста, нема ни кривице медицинског посленика. Међутим, објективна одговорност се предвиђа управо у оним случајевима где је једна страна просто „принуђена“ да се изложи повећаном ризику, због чега је сасвим правично да се тај ризик распореди између лица које га ствара и из њега профитира и лица које на тај ризик пристаје. Уз то, став Савезног суда оспорава се и поређењем медицинских посленика који примењују опасна медицинска средства и превозиоца који превози путнике моторним возилима као опасним стварима.<sup>68</sup> Наиме, ваздушни, железнички и аутобуски превоз, иако ризични, допуштен су и општеприхваћен начин превоза путника, али се за штете које путници претрпе приликом превоза одговара према правилима објективне одговорности.<sup>69</sup> Отуда и закључак да тако исто треба да одговарају и медицински посленици који пацијентима проузрокују штету применом опасних медицинских средства, иако је њихова примена допуштен и општеприхваћен начин лечења.

#### 4.7. Приговор персоналне дискриминације

Против схватања које се противи примени правила о одговорности за опасне ствари на медицинске посленике, оправдано се наводи и приговор персоналне дискриминације<sup>70</sup> јер се на два лица која се налазе у истој правној ситуацији (имаоци опасне ствари) примењују различита правила. Један би одговарао блаже – према правилима субјективне одговорности, а други оштрије – према правилима објективне одговорности, чиме би у односу на првог био дискриминисан. Неприхватљив је и став Савезног суда да здравствена установа одговара за штету проузроковану медицинским средством својим запосленим и трећим лицима, али да не одговара и за такву штету проузроковану њеним пацијентима јер се тиме они доводе у неравноправан положај.

#### 4.8. Тешкоће у вези са утврђивањем кривице

Истраживања штета које су пацијентима проузроковане применом медицинских средстава показују да су, с једне стране, случајни кварови или отказивања медицинских средстава доста ретка<sup>71</sup>, а да је, с друге стране, највећи број таквих штета проузрокован пропу-

<sup>68</sup> Р. Klarić (2002), 78.

<sup>69</sup> Чл. 684, ст. 1 ЗОО.

<sup>70</sup> Р. Klarić (2001), 17; Р. Klarić (2003), 394.

<sup>71</sup> М. Мијачић, 1803, наводи истраживање по којем је, од укупног броја негода са медицинским средствима, само 2% последица неизбежних околности; Н. Ивовић (2007b), 267.

стима медицинских посленика. Међутим, утврђивање њихове кривице је веома сложен и тежак задатак суда, чак и у систему обориво претпостављене кривице штетника, какав је усвојен у Закону о облигационим односима.<sup>72</sup> И у таквом систему медицински посленици много лакше могу да докажу да су у свему поступали онако како је требало него што би пацијенти и њихови заступници успевали да оспоре такве њихове наводе.<sup>73</sup> Уз то, суд се у великој мери ослања на налаз и мишљење вештака, који су неретко наклоњени својим колегама,<sup>74</sup> тако да се утврђивање кривице медицинских посленика обично претвара у немогућу мисију.

Због тога би, бар у домену где су због примене опасних медицинских средстава повреде пацијената најчешће, објективна одговорност медицинских посленика била веома рационално и благотворно решење.

#### 4.9. Недвосмислена законска регулатива

Један од најјачих разлога у прилог ставу да се и на медицинске посленике примењују правила објективне одговорности јесте законска одредба која прописује да се за штету од опасних ствари одговара без обзира на кривицу.<sup>75</sup> Та општа императивна одредба односи се на све имаоце опасних ствари. Њена примена на одређену категорију лица може се искључити само посебним прописом.<sup>76</sup> Међутим, ниједним прописом медицински посленици нису изузети од примене правила о одговорности за опасне ствари.<sup>77</sup>

### 5. ЗАКЉУЧАК

У југословенском праву, као и праву свих бивших југословенских република, усвојен је тзв. отворени систем објективне одговорности, којој начелно подлежу и медицински посленици.

Објективна одговорност медицинских посленика се у бившем југословенском праву ипак није афирмисала јер је судска пракса, која је кренула тим правцем, једном одлуком Савезног суда СФРЈ

---

<sup>72</sup> Чл. 154, ст. 1 ЗОО.

<sup>73</sup> V. Planinšec, 17, указује на неравноправан положај пацијената у односу на медицинске посленике.

<sup>74</sup> Вештаци су обично медицински посленици, тако да, због сталешке солидарности, „врана врани не копа очи“. V. Planinšec, 18.

<sup>75</sup> Чл. 154, ст. 2 ЗОО.

<sup>76</sup> P. Klarić (2001), 17–18; P. Klarić (2002), 79.

<sup>77</sup> I. Crnić (2008), 137; I. Crnić (2009b), 92–93.

зауостављена. Актуелна хрватска правна теорија углавном не искључује објективну одговорност медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава, док је пракса судова још увек подељена. И у српској правној теорији ставови су подељени, а једна одлука Основног суда, која је потврђена одлуком Апелационог суда у Београду, могла би да представља зачетак афирмације објективне одговорности медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава.

Наша анализа аргумената *pro et contra* објективне одговорности медицинских посленика за штету од опасних медицинских средстава показује да већина аргумената говори у прилог њене афирмације.

### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Crnić, I., „Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova“, *Aktuelnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse XXIII* (ur. Ivo Grbin), Opatija 2008.
- Crnić, I., „Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Prvi dio)“, *Hrvatska pravna revija* 1/2009.
- Crnić, I., *Odgovornost liječnika za štetu*, Organizator, Zagreb 2009.
- Цветковић, М., Николић, Ђ., „Одговорност за штету проузроковану због непоседовања и непримене неопходних медицинских средстава“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014. (Cvetković, M., Nikolić, Đ., „Odgovornost za štetu proузrokovanu zbog neposedovanja i neprimene neophodnih medicinskih sredstava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 68/2014)
- Deutsch, E., *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht*, Berlin 1999.
- Deutsch, E., Spickhoff, A., *Medizinrecht*, Berlin 2003.<sup>5</sup>
- Ивовић, Н., „Одговорност болнице за штету нанијету пацијенту услед недостатка медицинског средства“, *Правни живот* 9/2007. (Ivović, N., „Odgovornost bolnice za štetu nanijetu pacijentu usljed nedostatka medicinskog sredstva“, *Pravni život* 9/2007)
- Ивовић, Н., *Накнада штете услед љекарске грешке*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2007. (Ivović, N., *Naknada štete usljed ljekarske greške*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica 2007)

- Каџер, Н., „Једна новија одлука Уставног суда Републике Хрватске о објективној одговорности у медицини“, *Хрватска правна ревија* 4/2008.
- Кларић, Р., „Одговорност здравствене установе и здравствених дјелатника за штету (Први дио)“, *Хрватска правна ревија* 8/2001.
- Кларић, Р., „Одговорност за штете настале употребом медицинских техничких уређаја“, *Pravo u gospodarstvu* 4/2002.
- Кларић, Р., *Одштетно право*, Народне новине, Загреб 2003.
- Манић, С., *Одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015. (Manić, S., *Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstava*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2015)
- Мијачић, М., „Одговорност за штету изазвану медицинским апаратима“, *Правни живот* 9–10/1992. (Mijačić, M., „Odgovornost za štetu izazvanu medicinskim aparatima“, *Pravni život* 9–10/1992)
- Мујовић Зорнић, Х., „Одговорност за медицинске штете“, *Осигурање, накнада штете и нови грађански судски поступци* (ур. Здравко Петровић), Београд 2011. (Mujović Zornić, H., „Odgovornost za medicinske štete“, *Osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci* (ur. Zdravko Petrović), Beograd 2011)
- Никшић, С., „Основна обилежја одговорности за штете у медицини“, *Личејнички вјесник*, годиште 130, 2008.
- Орлић, М., „Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету“, *Правни живот* 7–8/12. (Orlić, M., „Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu“, *Pravni život* 7–8/12)
- Планишћек, В., „Разлоги за објективно здравинско одговорност“, *Правна пракса* 4/2005.
- Радишић, Ј., *Професионална одговорност медицинских посленика*, Институт друштвених наука, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд 1986. (Radišić, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politikološka istraživanja, Beograd 1986)
- Радишић, Ј., „О одговорности лекара уопште“, *Право – теорија и пракса* 3–4/2000. (Radišić, J., „O odgovornosti lekara uopšte“, *Pravo – teorija i praksa* 3–4/2000)
- Радишић, Ј., *Медицинско право*, Номос, Београд 2004. (Radišić, J., *Medicinsko право*, Nomos, Beograd 2004)
- Радишић, Ј., *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Номос, Београд 2007.



(Radišić, J., *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*, Nomos, Beograd 2007)

Радишић, Ј., *Облигационо право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш 2016. (Radišić, J., *Obligaciono pravo – Opšti deo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš 2016)

Samec-Berghaus, N., Felicijan-Pristovšek, R., „Nova dognanja odškodninski odgovornosti zdravnika“, *Razmerje med pacientom in zdravnikom*, Lexonomica pres, Maribor 2016.

Ђорђе Л. Николић, PhD

Associate Professor  
University of Niš, Faculty of Law

## STRICT LIABILITY OF MEDICAL WORKERS FOR DAMAGES BY MEDICAL DEVICES – ARGUMENTS *PRO ET CONTRA*

### *Summary*

The former Yugoslav law, as well as the law in all former Yugoslav republics, adopts the so-called open system of strict liability, so if the patient suffers damage due to dangerous medical device usage, medical workers, in general, may be held liable under the rules on liability for dangerous objects and dangerous activities. However, strict liability of medical workers was not affirmed in the Yugoslav law, because court practice that headed in that direction was stopped by a decision of the Federal Court of Yugoslavia. Current Croatian legal theory accepts the strict liability of medical workers, whilst the court practice is divided. Serbian legal theory is also divided, but a recent court decision granting the strict liability of the medical workers may be the jurisprudence U-turn. This paper analyses all arguments *pro et contra* regarding strict liability of medical workers and concludes that nearly all arguments are in favor of such liability.

Key words: *Medical worker. – Medical devices. – Strict liability.*

Article history:  
Received: 20. 6. 2017.  
Accepted: 5. 2. 2018.

Др Тамаш Корхец\*

Др Катинка Беретка\*\*

## УСТАВНОСУДСКО И ЗАКОНСКО УОБЛИЧАВАЊЕ НОРМАТИВНЕ НАДЛЕЖНОСТИ АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ ВОЈВОДИНЕ

*Уставом Републике Србије из 2006. године, положај Аутономне Покрајине Војводине, уз одређена одступања, уређен је на темељима уставних решења из 1990. године. Важећи устав садржи знатно већи број норми које регулишу положај аутономних покрајина (заправо, АП Војводине, као једине аутономне покрајине у правном систему Републике Србије): нормативне надлежности проширене су на нове друштвене области, унета су уставна јемства у погледу својине аутономне покрајине, врсте и висине њених прихода, као и заштите покрајинске аутономије од могуће узурпације надлежности од Републике Србије или јединица локалне самоуправе. Без обзира на формално проширење уставних гаранција у вези с положајем АП Војводине, стварни значај и домаћај уставних норми, нарочито оних које представљају новину у правном систему, можемо оценити тек путем анализе уставноправне праксе. У овом раду дата је анализа надлежности АП Војводине у области правног нормирања. Анализа обухвата различита решења у законима којима су утврђене надлежности АП Војводине за уређивање појединих питања, као и схватања, тумачења и ставове Уставног суда Републике Србије о оквирима и ограничењима тих нормативних надлежности. Када је реч о законском одређивању нормативне надлежности АП Војводине, може се констатовати да постоји шаренило решења, те да су – упркос чињеници да је у оквирима важећег Устава на различите начине могуће остваривање права АП Војводине да скупштинским актима уреди поједина питања друштвеног живота – законодавна пракса и схватање*

\* Аутор је ванредни професор Факултета за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатаћ“ Универзитета Унион, Нови Сад и судија Уставног суда Републике Србије, [tkorhec@tippnet.rs](mailto:tkorhec@tippnet.rs).

\*\* Ауторка је доцент Правног факултета за привреду и правосудје Универзитета Привредна академија, Суботица, [beretka.katinka@gmail.com](mailto:beretka.katinka@gmail.com).

*Уставног суда Републике Србије довели до тога да, након десет година од доношења Устава, то право готово да и не постоји.*

Кључне речи: *Устав. – Аутономна покрајина. – Нормативна надлежност. – Уставни суд Републике Србије. – Подела надлежности.*

## 1. УВОД

Уставом Републике Србије из 2006. године (у даљем тексту: Устав) уређен је положај Аутономне Покрајине Војводине (у даљем тексту: АП Војводина) на темељима уставних решења из 1990. године, уз одређене значајне новине. Сам нормативни текст Устава Републике Србије, када је реч о положају аутономних покрајина (заправо о јединој аутономној покрајини – АП Војводини, чији је положај уређен у правном поретку Републике Србије), уобличен је путем законодавне и уставносудске праксе. Посебно због тога што су уставне норме о територијалној аутономији изразито непрецизне.<sup>1</sup> У протеклих десет година, уставне одредбе о АП Војводини су уобличене, постале су садржајне и попримиле своје право значење путем закона којима су – на основу уставног овлашћења – спроведене и разрађене уставне одредбе, као и путем уставносудске праксе, то јест одлука Уставног суда Републике Србије (у даљем тексту: Уставни суд). Циљ овог рада је да прикаже на тај начин уобличени уставноправни оквир аутономије АП Војводине, посебно у области нормативне надлежности територијалне аутономије. Рад је подељен у пет делова – након увода, у другом делу рада кратко смо упоредили уставне одредбе о територијалној аутономији у Уставу из 1990. године и Уставу из 2006. године, с посебним освртом на разлике, то јест на нова уставна решења. У трећем делу рада следе приказ и критичка анализа најзначајнијих одлука Уставног суда у вези с територијалном аутономијом, путем којих је Уставни суд тумачио одредбе Устава и заузео општа схватања о нормативној надлежности територијалне аутономије. У четвртом делу рада биће дата критичка анализа закона којима су утврђене нормативне надлежности АП Војводине, док су у петом делу рада формулисани одређени закључци.

---

<sup>1</sup> Мишљење Европске комисије за демократију путем права (Венецијанска комисија), број 405/2006 о Уставу Србије усвојено на 70. пленарној седници Комисије 17–18. марта 2007. године, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-srb](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-srb), 5. мај 2017.

## 2. ТЕРИТОРИЈАЛНА АУТОНОМИЈА У УСТАВУ ИЗ 1990. ГОДИНЕ И УСТАВУ ИЗ 2006. ГОДИНЕ – С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НОРМАТИВНУ НАДЛЕЖНОСТ

Иако је у јавној расправи о новом уставу Републике Србије проширивање аутономије АП Војводине заузимало значајно место, већина аутора се слаже с констатацијом да уставни положај АП Војводине у држави није суштински промењен Уставом из 2006. године, те да нова уставна решења, на први поглед битно различита, у суштини не мењају положај аутономне покрајине у односу на решења из претходног устава.<sup>2</sup> Оба устава утврђују постојање две аутономне покрајине – Аутономне Покрајине Војводине и Аутономне Покрајине Косова и Метохије.<sup>3</sup> Као средњи ниво власти, аутономне покрајине не постоје на целој територији Републике Србије, то јест на средњем нивоу власти постоји асиметрична децентрализација, с тим што је таква асиметрија појачана у новом уставу и чињеницом да положај Аутономне Покрајине Косова и Метохије заправо и није уређен иначе бројним уставним одредбама о аутономним покрајинама.<sup>4</sup> Надаље, аутономне покрајине немају законодавну власт, те је њихов највиши правни акт статут који доноси скупштина аутономне покрајине, уз претходну сагласност Народне скупштине Републике Србије.<sup>5</sup> У Уставу из 1990. констатовано је да АП Војводина и АП Косово и Метохија постоје као облици „територијалне аутономије“<sup>6</sup>, али је одређен и циљ због кога су аутономне покрајине образоване: „у складу са посебним националним, историјским и културним и другим својствима њихових подручја“.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006. – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 38; Дарко Симовић, „О (не)уставности Предлога Статута АП Војводине“, *Предлог Статута АП Војводине – Зборник радова са Научног скупа одржаног 1. децембра 2008. у организацији Правног факултета Универзитета у Београду* (ур. Р. Марковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 123; Тамаш Корхеџ, „Јавно-правни положај Аутономне покрајине Војводине“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 9/2008, 365; Миодраг Јовановић, „Статут АП Војводине – Да ли Статут прелази у федерализам“, *Предлог Статута АП Војводине – Зборник радова са Научног скупа одржаног 1. децембра 2008. у организацији Правног факултета Универзитета у Београду* (ур. Р. Марковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 135.

<sup>3</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, чл. 6, и Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 182, ст. 2.

<sup>4</sup> Чл. 182, ст. 2 Устава гласи: „Суштинска аутономија Аутономне покрајине Косово и Метохија уредиће се посебним законом који се доноси по поступку предвиђеном за промену Устава.“

<sup>5</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, чл. 110, ст. 2, и Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 185, ст. 2.

<sup>6</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, чл. 6.

<sup>7</sup> *Ibid.*, чл. 108, ст. 1.

Важећи устав дефинисао је аутономне покрајине као „аутономне територијалне заједнице основане Уставом, у којима грађани остварују своје право на покрајинску аутономију“<sup>8</sup>, без икаквог одређења њихове посебности, односно разлога за њихово образовање.

Вишеструко је повећан број уставних одредаба које уређују неко питање у вези са аутономном покрајином (у поређењу са Уставом из 1990. године). Док је од укупно 138 чланова Устава из 1990. године аутономна покрајина била споменута тек у једнаест<sup>9</sup>, Устав из 2006. садржи 41 члан<sup>10</sup> (од укупно 206), у којима су уређена одређена питања у вези са аутономном покрајином и њеним актима. Од тога, чак дванаест чланова у целини уређује положај аутономне покрајине, односно аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе (заједничке одредбе). Та велика квантитативна разлика у броју одредаба резултат је номотехнички непожељног дуплирања одређених одредаба у различитим члановима<sup>11</sup>, али и повећаног броја надлежности и гаранција које аутономне покрајине имају у важећем уставу. Притом, посебно треба истаћи и то да су аутономне покрајине новим уставом стекле статус правног лица<sup>12</sup>, да Устав јемчи својину аутономне покрајине<sup>13</sup>, изворне приходе аутономне покрајине<sup>14</sup> и јемства у вези с величином буџета АП Војводине.<sup>15</sup> Значајна новина је и то што се у начелима устава гарантује право грађана на покрајинску аутономију.<sup>16</sup>

За вертикалну поделу власти, па тако и за положај аутономне покрајине у уставном поретку, од примарне важности су одредбе Устава које утврђују надлежности, посебно нормативне надлежности територијалне аутономије. Путем те надлежности, територијална аутономија добија свој смисао и значај: уважавање посебности, својстава и специфичности територијалне заједнице у појединим питањима друштвеног живота. Део тих нормативних надлежности

<sup>8</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 182, ст. 1.

<sup>9</sup> Чланови 6, 69, 80, 108, 109, 110, 111, 112, 119, 125 и 130.

<sup>10</sup> Чланови 12, 35, 36, 56, 74, 77, 79, 86, 87, 89, 91, 92, 93, 99, 102, 105, 107, 126, 137, 153, 164, 167, 168, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 193, 195, 196, 198.

<sup>11</sup> На пример, члан 179 и члан 183 Устава, у веома сличним одредбама, јемче право аутономне покрајине на самостално уређење сопствених органа и служби, члан 137 и члан 178 омогућују поверевање одређених надлежности Републике Србије аутономним покрајинама, док чл. 183, ст. 6 и чл. 184, ст. 1 јемче изворне приходе аутономне покрајине.

<sup>12</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 176, ст. 2.

<sup>13</sup> *Ibid.*, чл. 86, ст. 1.

<sup>14</sup> *Ibid.*, чл. 184, ст. 1.

<sup>15</sup> *Ibid.*, чл. 184, ст. 4.

<sup>16</sup> *Ibid.*, чл. 12.

АП Војводина врши у складу са Уставом, без посредовања закона, док друге остварује у складу са Уставом и законом. Устав из 1990. године утврђује да аутономна покрајина самостално, на основу Устава, „образује органе, организације и службе аутономне покрајине и уређује њихову организацију и рад“.<sup>17</sup> Слична одредба у вези с надлежностима нашла се и у Уставу из 2006. године: „Аутономне покрајине, у складу са Уставом и својим статутом, уређују надлежност, избор, организацију и рад органа и служби које оснивају.“<sup>18</sup> Посебне одредбе у важећем уставу овлашћују аутономну покрајину да својим прописом, у складу са Уставом, уреди избор посланика скупштине аутономне покрајине<sup>19</sup>, да утврди симболе аутономне покрајине и њихово коришћење<sup>20</sup>, те да статутом одреди орган који је овлашћен да покрене поступак заштите покрајинске аутономије пред Уставним судом.<sup>21</sup>

Када је реч о другој групи нормативних надлежности аутономне покрајине – уређивање неких питања – односа у складу са законом – Устав из 1990. године и Устав из 2006. године дају слична решења, уз – и у овом случају – само квантитативне разлике. Уставом из 1990. године утврђено је да аутономна покрајина доноси прописе којима се „у складу с Уставом и законом уређују поједина питања од интереса за грађане у аутономној покрајини у областима: културе; образовања; службене употребе језика и писма народности; јавног обавештавања; здравствене и социјалне заштите; друштвене бриге о деци; заштите и унапређивања животне средине; урбанизма и у другим областима утврђеним законом“.<sup>22</sup> Устав из 2006. године, уместо да уређује поједина питања од интереса за грађане, наводи да аутономна покрајина својим прописима уређује питања од покрајинског значаја у области „1. просторног планирања и развоја, 2. пољопривреде, водопривреде, шумарства, лова, риболова, туризма, угоститељства, бања и лечилишта, заштите животне средине, индустрије и занатства, друмског, речног и железничког саобраћаја и уређивања путева, приређивања сајмова и других привредних манифестација, 3. просвете, спорта, културе, здравствене и социјалне заштите и јавног информисања на покрајинском нивоу“.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, чл. 108, ст. 1, тач. д)

<sup>18</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 183, ст. 1.

<sup>19</sup> *Ibid.*, чл. 180, ст. 3.

<sup>20</sup> *Ibid.*, чл. 183, ст. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.*, чл. 187.

<sup>22</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, Чл. 109, ст. 1, тач. 3.

<sup>23</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 183, ст. 2.

Уз поменуте нормативне надлежности, Устав утврђује и то да се „на основу закона, покрајинским прописима могу установити додатна права припадника националних мањина“.<sup>24</sup> Устав из 2006. омогућује поверавање надлежности Републике Србије законом аутономним покрајинама, што начелно омогућује и поверавање нормативних надлежности – доношење подзаконских општих аката.<sup>25</sup>

На основу изложене анализе, може се закључити да је важећи устав обезбедио широку самосталност аутономној покрајини да сопственим актима, у складу са Уставом, уреди сопствену организацију. Истовремено, када је реч о нормирању различитих питања од значаја за аутономну покрајину, одређивање која су то питања – у Уставом утврђеним областима – у целини је поверено Народној скупштини РС да их уреди законима.

### 3. СТАВОВИ И СХВАТАЊА УСТАВНОГ СУДА О НОРМАТИВНОЈ НАДЛЕЖНОСТИ АП ВОЈВОДИНЕ

Уставни суд РС, установљен према важећем уставу, вршећи нормативну контролу прописа, донео је велики број одлука, решења и закључака којима је тумачио уставне одредбе о територијалној аутономији и уобличио уставноправни положај АП Војводине у правном поретку Републике Србије. Од преко двадесет одлука и других аката донетих у различитим поступцима нормативне контроле, до маја 2017. године, Уставни суд РС је донео укупно једанаест одлука, решења и закључака у којима је – приликом оцене уставности закона и уставности и законитости прописа АП Војводине – тумачио њене нормативне надлежности.<sup>26</sup> Пре доношења одлука о уставно-

<sup>24</sup> *Ibid.*, чл. 79, ст. 2.

<sup>25</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, чл. 109, ст. 2, Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 178, ст. 1.

<sup>26</sup> Одлука УСС IУ-394/2005, од 22. јуна 2010. године, о утврђивању неуставности и незаконитости појединих одредаба Одлуке Скупштине АП Војводине о ближе уређивању појединих питања службене употребе језика и писма националних мањина на територији Аутономне Покрајине Војводине; Решење УСС IУа-122/2009, од 24. марта 2011. године, о неприхватању иницијативе за утврђивању неуставности и незаконитости појединих одредаба Одлуке Скупштине АП Војводине о оцењивању покрајинских службеника; Одлука УСС IУ-187/2003, од 9. маја 2012. године, о одбијању захтева у вези са Одлуком Скупштине АП Војводине о употреби историјског знамења Аутономне Покрајине Војводине; Одлука УСС IУа-2/2009, од 13. јуна 2012. године, о утврђивању неуставности и незаконитости Покрајинске скупштинске одлуке о покрајинским службеницима; Одлука УСС IУ-137/2004, од 13. јуна 2012. године, о одбијању захтева у вези са Одлуком Скупштине АП Војводине о застави Аутономне Покрајине Војводине; Одлука УСС IУз-353/2009, од 10. јула 2012. године, о утврђивању неуставности појединих одредаба Закона

сти Закона о утврђивању надлежности АП Војводине из 2012. године и Одлуке о уставности и законитости Статута АП Војводине крајем 2013. године (за које се с правом може рећи да представљају најкомплексније, у теоријско-правном смислу најамбициозније и најобимније одлуке овог суда од његовог оснивања), Уставни суд РС показивао је уочљиву неодлучност у оцени обима нормативне аутономије АП Војводине. Готово деценијско „ћутање“ суда о уставности војвођанских прописа о покрајинским симболима<sup>27</sup>, те контрадикторна схватања суда о надлежности АП Војводине да својим прописима уреди положај покрајинских службеника<sup>28</sup>, јасни су показатељи таквог деловања. За утврђивање и тумачење нормативне надлежности АП Војводине да својим прописима, у складу са законом, уреди питања од покрајинског значаја велики утицај има Одлука Уставног суда о уставности Закона о утврђивању надлежности АП Војводине (УЗ-353/2009), која је донета, након више година ишчекивања, непосредно након значајнијих политичких промена у државном врху Србије.<sup>29</sup> Након одржане јавне расправе у новембру 2011. године, Уставни суд РС, у јулу 2012. године, донео је одлуку којом је прихватио предлог за утврђивање неуставности у случају

о утврђивању надлежности Аутономне Покрајине Војводине; Одлука УСС УО-360/2009, од 5. децембра 2013. године, о утврђивању неуставности и незаконитости појединих одредаба Статута АП Војводине; Одлука УСС УО-427/2003, од 26. децембра 2013. године, о утврђивању неуставности и незаконитости Покрајинске скупштине Војвођанској академији наука и уметности; Одлука УСС УЗ-882/2010, од 16. јануара 2014. године, о утврђивању неуставности појединих одредаба Закона о националним саветима националних мањина; Закључак УСС УО-199/2013, од 19. фебруара 2015. године, о одбацивању иницијативе за утврђивање неуставности и незаконитости Покрајинске скупштинске одлуке о полагању пријемног испита, односно испита за проверу склоности и способности за упис на високошколску установу на језицима националних заједница; Одлука УСС УО-314/2015, од 6. априла 2017. године, о утврђивању неуставности и незаконитости Покрајинске скупштинске одлуке о оснивању јавне установе *Војвођанска академија наука, уметности и културе*.

<sup>27</sup> Иницијативе за оцену уставности и законитости прописа о симболима АП Војводине пристигле су у Уставни суд РС 2003. и 2004. године, а суд је одлуке донео тек средином 2012. године.

<sup>28</sup> Док је у Решењу Уа-122/2009, од 24. марта 2011. године, о неприхватању иницијативе за утврђивање неуставности и незаконитости појединих одредаба Одлуке Скупштине АП Војводине о оцењивању покрајинских службеника Уставни суд РС утврдио да АП Војводина има уставно право да својим актима аутономно уреди елементе положаја покрајинских службеника, Одлуком Уа-2/2009, само годину дана касније, прогласио је целокупну Покрајинску скупштинску одлуку о покрајинским службеницима неуставном и незаконитом (иако је иницијатор поступка предлагао утврђивање неуставности и незаконитости само неких одредаба овог прописа) и имплицитно утврдио да АП Војводина нема право да аутономно и независно од закона уреди било које питање у вези с положајем покрајинских службеника.

<sup>29</sup> Violeta Beširević, „Governing without judges: The Politics of the Constitutional Court in Serbia“, *International Journal of Constitutional Law* 4/2014, 968–969.



двадесет две одредбе тог закона, док је у случају четрнаест одредаба предлоге одбио. У тој одлуци суд је тумачењем – често недоречених и неусклађених одредаба Устава – одредио и уставни концепт покрајинске аутономије, а посебно границе и карактер нормативних надлежности АП Војводине. Од правних схватања и тумачења Уставног суда РС из те одлуке, због значаја, издвајамо следеће:

- области набројане у чл. 183, ст. 2 Устава, у којима АП Војводина уређује питања од покрајинског значаја у складу са законом, представљају закључену еnumerацију и не могу се проширити законом на друге области које нису експлицитно наведене у цитираној уставној одредби<sup>30</sup>;
- у областима које су наведене у чл. 183, ст. 2 Устава, право уређивања питања од покрајинског значаја у складу са законом, то јест нормативна надлежност подразумева и могућност преношења извршних овлашћења у тим областима<sup>31</sup>;
- уређивање питања од покрајинског значаја не може подразумевати могућност (чак ни када би се то законом прописало) да аутономна покрајина на својој територији својим прописима уреди неки друштвени однос другачије него што је то учињено секторским законом<sup>32</sup> јер би такво решење, према схватању суда, угрозило Уставом гарантовано јединство правног поретка, једнакост грађана и једнакост локалних самоуправа на територији аутономне покрајине и ван ње<sup>33</sup>;
- у областима које су набројане у чл. 183, ст. 2 Устава, законом се као питања од покрајинског значаја могу утврдити само *поједина* питања из набројаних области, а не и уређивање односа у целој области<sup>34</sup>;
- садржина чл. 137 и 178 Устава у суштини је истоветна, без обзира на термилошке разлике, то јест члан 178 омогућује само поверавање законом послова државне управе АП Војводини (и другим имаоцима јавних овлашћења), а не и других надлежности Републике (на пример, надлежности Владе РС). Наиме, иако члан 178 Устава утврђује могућност да Република Србија може законом поверити поједина питања из своје надлежности аутономним покрајинама и локалним самоуправама, према ставу Уставног суда РС,

<sup>30</sup> Одлука Уставног суда РС, IУз-353/2009, *Службени гласник РС*, бр. 67/20, 21.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

под тим се подразумева искључиво могућност преношења управних послова, као и у случају члана 137 Устава<sup>35</sup>;

- Уставни суд РС, својом одлуком, утврдио је неуставност појединих одредаба Закона о утврђивању надлежности АП Војводине, на основу схватања да те одредбе нису сагласне с решењима у секторским законима који уређују конкретну област друштвеног живота<sup>36</sup>, а да јединствени правни поредак (чл. 4, ст. 1 Устава) и једнакост грађана пред законом (чл. 21, ст. 1 и 3 Устава) захтевају да се та питања уреде јединствено и то само секторским законом.<sup>37</sup>

Другом одлуком „међашем“ о покрајинској аутономији (ИУо-360/2009)<sup>38</sup>, Уставни суд РС утврдио је неуставност и незаконитост већине одредаба Статута АП Војводине. С једне стране, тумачећи релевантне уставне одредбе, утврдио је уставне оквире изворне нормативне надлежности АП Војводине да уређује сопствену организацију и симболе; с друге стране, утврдио је и правни карактер Статута АП Војводине, односно изјаснио се о многим одредбама Статута АП Војводине без нормативног значаја, али са програмским и политичким карактером, и касирао их као неуставне.<sup>39</sup>

Уставни суд РС касирао је многе одредбе Статута АП Војводине о уређењу сопствених органа због тога што је – према схватању суда – Уставом утврђена супремација Скупштине АП Војводине неспојива са институтима парламентаризма, као што су интерпелација, распуштање скупштине на иницијативу покрајинске владе итд.<sup>40</sup> Уставни суд је на једном месту изрекао да одредба о Скупштини као највишем органу аутономне покрајине заправо значи обавезу да се међусобни однос скупштине и извршног органа уреди на принципима „који суштински, а не само формално, скупштини обезбеђују положај највишег органа... које заговорници теорије о јединству власти сматрају одликом тзв. скупштинског система уређења власти...“<sup>41</sup>

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Секторски, односно системски закони имају истоветно значење (реч је о законима којима се на системски начин уређује једна друштвена област) и користе се као синоними у овом раду.

<sup>37</sup> Одлука Уставног суда РС, ИУз-353/2009, 26, 34–35.

<sup>38</sup> Одлука Уставног суда РС, ИУо-360/2009, *Службени гласник РС*, бр. 61/2014.

<sup>39</sup> Вид. Издвојено мишљење судије уставног судије проф. др Драгана М. Стојановића у Одлуци Уставног суда РС, ИУо-360/2009, *Службени гласник РС*, бр. 61/2014, 60.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 50.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 51.

Уставни суд РС касирао је одредбе о покрајинским симболима јер нису довољно „конкретно“ утврдили њихов изглед и коришћење у самом Статуту АП Војводине, него су њихово уређење препустиле каснијим одлукама.<sup>42</sup>

Уставни суд је утврдио неуставност неких одредаба о покрајинском омбудсману јер оне прописују да надлежност покрајинског омбудсмана обухвата и надлежност за заштиту права грађана прописана Уставом и законом у односу на повреде учињене од покрајинских органа управе и јавних служби које оснива АП Војводина, што је, према тумачењу Уставног суда, у надлежности заштитника грађана према члану 138 Устава.<sup>43</sup> Уставни суд није образложио зашто је заштита уставом и законом зајемчених права грађана искључива надлежност заштитника грађана имајући у виду да та права у нашем правном систему, између осталог, штите и судови, али и специјализовани омбудсмани (повереници) које Устав уопште не познаје.

На основу ставова Уставног суда РС о изворним надлежностима АП Војводине, који су изражени приликом оцене уставности и законитости Статута АП Војводине, може се закључити да они представљају ограничење тих надлежности – и због изразито рестриктивног тумачења одредбе Устава о супремацији скупштине<sup>44</sup> и због става у вези с покрајинским омбудсманом којим је Уставни суд ограничио надзорну улогу тог органа чак и у односу на покрајинску управу. Анализирани одлуке Уставног суда РС неспорно представљају значајан допринос уобличавању и разјашњењу уставноправног оквира АП Војводине, а посебно карактера и садржине њених изворних и поверених надлежности. Међутим, уочљива су и опречна мишљења аутора о квалитету тих одлука и њиховом доприносу концептуализацији појма покрајинске аутономије.<sup>45</sup> Мање је

<sup>42</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 56.

<sup>44</sup> „Уставни суд РС не би требало да прихвати и следи аргументацију која се изводи из само једне речи коју је употребио уставотворац, да је одређењем Скупштине за највиши орган аутономне покрајине Устав заправо експлицитно одредио и модел организације власти у аутономној покрајини, који једино може бити скупштински систем заснован на принципу јединства власти. То би у суштини значило да аутономна покрајина и није слободна у установљавању властито система власти...“ Издвојено мишљење уставног судије Драгана Стојановића, 59.

<sup>45</sup> Прилично критички, о Одлуци Уставног суда Уз-353/2009 писао је Дарко Симовић. Симовић је за ову одлуку написао да је у неким деловима „исувише опширна и конфузна при истицању елементарних и уџбеничких знања о територијалној аутономији“, те да при томе „чини и неке недопустиве грешке“. Вид. Дарко Симовић, „Уставносудско уобличавање територијалне аутономије“, *НБП Журнал за криминалистику и право* 3/2013, 67. С друге стране, Богољуб Милосављевић изразито афирмативно пише о овој одлуци, наводећи да она представља „значајан допринос уставноправном схватању територијалне аутономије“ с којим је Уставни

спорно то што је Уставни суд редовно тумачио релевантне Устава у одредбе у прилог ограничења покрајинске аутономије или, како је то један од бивших судија Уставног суда написао, „Уставни суд, како својим интерпретационим методама и интерпретационим стилем, тако и својим најзначајнијим ставовима о природи, дometу и границама аутономије, територијалну аутономију разуме не као индивидуално или колективно основно право, него као строго ограничену институционалну гаранцију, у којој не може бити и нема места ни трунки државности.“<sup>46</sup> Међутим, два важна питања нормативне надлежности АП Војводине остала су и даље без одговора. Прво је питање уставноправне последице, односно уставноправне заштите у случају да у Уставом одређеним областима законодавац, супротно члану 177 и чл. 183, ст. 2 Устава, не утврди која су питања од покрајинског значаја у којима АП Војводина уређује односе сопственим прописима. Друго, с обзиром на асиметричност средњег нивоа власти, то јест с обзиром на непостојање аутономних покрајина на целој територији Републике Србије, отворено је питање како се може законом оставити простор за нормативну надлежност аутономне покрајине (која мора да буде у складу са законом), а да притом није уређено ко би нормирао таква питања (од покрајинског значаја) ван територије АП Војводине.

#### 4. ЗАКОНОМ УТВРЂЕНА НОРМАТИВНА НАДЛЕЖНОСТ ВОЈВОДИНЕ – УРЕЂИВАЊЕ ПИТАЊА ОД ПОКРАЈИНСКОГ ЗНАЧАЈА

„Једна стварна аутономија претпоставља право сопственог нормирања, или у искључивој надлежности, или у конкурентној надлежности, у оквиру секторног законодавства и граница централне власти. Иначе не постоји ништа друго, само децентрализација управних или извршних функција.“<sup>47</sup> Већина аутора слаже се у томе да је – према важећем уставном концепту покрајинске аутономије – законодавац, то јест Народна скупштина РС овлашћена да одреди нормативну надлежност у уставом утврђеним областима (27).<sup>48</sup>

суд РС „пружио вредан допринос разумевању концепта територијалне аутономије“. Вид. Богољуб Милосављевић, „Уставноправни концепт територијалне аутономије у Србији“, *Правни живот* 12/2012, 841, 848.

<sup>46</sup> Драган Стојановић, „Премисе уставне контроле права и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права* (ур. Б. Ненадић), Уставни суд, Београд 2013, 126.

<sup>47</sup> Thomas Benedikter, *The World's Modern Autonomy Systems. Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*, EURAC, Bolzano 2009, 26.

<sup>48</sup> Маријана Пајванчић, *Уставни оквир регионалне државе – пример Србије*, Центар за регионализам, Нови Сад 2009, 44–45.

У овом делу рада представићемо законодавну праксу у вези са тим питањем, односно приказаћемо колико је нормативне власти у протеклих десет година пренето законима на АП Војводину и која су то питања од покрајинског значаја која својим актима она самостално уређује. Питање је колико је покрајина аутономна, укључена приликом уређивања законом одређених питања од покрајинског значаја, у складу са законом, и на који начин су законски регулисани нормативни послови покрајине у појединим областима, којим законима је то учињено и колико су они консеквентни у начину прописивања тих функција покрајине.

У смислу изворних надлежности, аутономна покрајина „самостално уређује односе, извршава сопствене прописе и за ове надлежности остварује изворне приходе“.<sup>49</sup> Међутим, ту самосталност ужива једино у складу са законом. У суштини, не можемо ни разумети ни поштовати захтев уставотворца у погледу функционисања аутономне покрајине без одговора на питање: шта значи у *складу са законом* у позитивном праву Републике Србије. Несумњиво је то да *регулисати у складу са законом*, односно *регулисати законом* – нису истоветне ситуације. На пример, „врсте и висина изворних прихода аутономних покрајина одређују се законом“<sup>50</sup>, док питања од покрајинског значаја уређује аутономна покрајина у *складу са законом*, а не уређује их *законом*. То значи да законодавац нема овлашћење да преузима улогу покрајине у вршењу нормативне надлежности у друштвеним областима из члана 183 Устава. Али и даље остаје нејасно да ли уређивање питања у складу са законом подразумева и уређивање на начин предвиђен законом. На пример, „аутономне покрајине управљају покрајинском имовином на начин предвиђен законом“.<sup>51</sup> Представљеним примерима желимо доказати да у пракси баш и нема разлике између регулисања *законом*, у *складу са законом*, односно *на начин предвиђен законом* (иако последња поменута формулација претпоставља ширу слободу у доношењу покрајинских прописа).

С друге стране, покрајинска нормативна делатност може да ствара нова права и обавезе само на територији АП Војводине, а изван ње та питања или остају нерегулисана или их законодавац посебно регулише путем самих закона. С обзиром на обавезу АП Војводине да поштује законитост и у тим случајевима, поставља се питање каквом аутономијом она располаже уколико закон детаљно уређује скоро сваки однос у питањима која иначе представљају предмет покрајинског нормирања. Тада покрајинско нормирање није више од простог преписивања законског текста у правни пропис покрајине.

<sup>49</sup> Б. Милосављевић, 842.

<sup>50</sup> Устав Републике Србије, чл. 184, ст. 2.

<sup>51</sup> *Ibid.*, чл. 183, ст. 5.

Осим статута, органи АП Војводине доносе покрајинске скупштинске одлуке (о питањима чије уређење је непосредно, на основу Устава, надлежност АП Војводине или која су законом одређена као питања од покрајинског значаја), покрајинске уредбе, одлуке, декларације, решења итд.<sup>52</sup> Сви ти акти морају бити у складу са законом: према одлуци Уставног суда РС то подразумева усклађеност с појединим секторским законима, али морамо напоменути да се притом једнако мисли и на усклађеност са законом о надлежностима јер – по правилу – тај закон одређује о ком питању се може уопште донети покрајински пропис. То значи да покрајински прописи донети о појединим питањима од покрајинског значаја морају да буду усклађени са секторским законима, што се ни у ком случају не односи на одредбе закона који одређују која су то питања од покрајинског значаја (закон о надлежностима). На основу Устава, законом (у овом случају законом о надлежностима) одређује се која питања су од покрајинског значаја, из чега се не може закључити да тај закон (закон о надлежностима) мора бити у складу са другим (секторским) законима.

Уставни суд РС је указао на то да „иако важећи правни систем у Републици не прави разлику између тзв. органских, основних или других закона који имају јачу правну снагу од осталих, ‘обичних’ закона, што има за последицу да, сагласно одредби члана 167. Устава, Уставни суд РС није надлежан да цени међусобну сагласност закона, уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања“.<sup>53</sup> Могло би да изазове посебну полемику и то што, осим закона који системски регулишу поједине друштвене области, и закон о надлежностима представља неку врсту системског закона. Такво својство тог закона признао је и сам Уставни суд РС у поступку његове оцене уставности и законитости.<sup>54</sup>

Народна скупштина РС донела је један секторски закон или више секторских закона у свакој друштвеној области из члана 183

<sup>52</sup> Статут АП Војводине, чл. 19, *Службени лист АП Војводине*, бр. 20/2014.

<sup>53</sup> Одлука Уставног суда РС, ИУз-231/2009, од 22. јула 2010. године, *Билтен Уставног суда Србије број 1/2010, збирка аката Уставног суда донетих у периоду јануар–јул 2010. године* (ур. К. Манојловић Андрић), Уставни суд РС – ЈП „Службени гласник РС“, Београд 2010, 67.

<sup>54</sup> „[...] доношење прописа ради извршавања закона уместо органа државне управе не може бити на општи начин, једним системским законом као што је овај, ‘бланко’ поверено било ком имаоцу јавног овлашћења [...]“ Одлука Уставног суда РС, ИУз-353/2009, 30.

Устава и они су једним делом ступили на снагу пре усвајања закона о надлежностима аутономне покрајине 2009. године. Без смернице у Уставу, тим законима су утврђена питања од покрајинског значаја на најразличитије начине, више пута другачије или чак супротно од одредаба касније усвојеног закона о надлежностима.<sup>55</sup> Већ за време важења Устава из 1990. године поставило се питање колизије између секторских закона и Омнибус закона из 2002. године као прописа исте правне снаге али различитог предмета.<sup>56</sup> Ситуација је додатно отежана тиме што су Омнибус закон и већина секторских закона остали на снази и након доношења новог Устава 2006. године који, између осталог, прописује другачији правни режим од свог претходника у погледу надлежности аутономне покрајине. У друштвеним областима набројаним у члану 183 Устава закон о надлежностима или 1) не прописује никакву нормативну надлежност<sup>57</sup> за АП Војводину (просторно и урбанистичко планирање, пољопривреда и рурални развој, сточарство, ветеринарство, водопривреда, шумарство, ловство, рибарство, заштита животне средине, предшколско васпитање и основно, средње и високо образовање, здравствена заштита, јавно информисање); или 2) прописује нормативну надлежност, али без конкретизације њене садржине (развојно планирање, туризам, неформално образовање одраслих и образовање националних мањина) или 3) недвосмислено прописује нормативну надлежност (бања и лечилишта, друмски, речни и железнички саобраћај, приређивање сајмова и других привредних манифестација, спорт – али у повереној надлежности, култура, социјална заштита). Секторски закони прате сличан модел прописивања нормативне надлежности АП Војводине, с тим што у већини друштвених области уопште не прописују такву надлежност за аутономну покрајину (просторно и урбанистичко, развојно планирање, пољопривреда, водопривреда, шумарство, лов, риболов, туризам, бања, заштита животне средине, различите гра-

<sup>55</sup> Чланом 90 Закона о надлежностима ван снаге је стављен Омнибус закон, али није прописано да се одредбе осталих закона, односно других прописа који на било који начин регулишу надлежности аутономне покрајине такође стављају ван снаге, иако је то решење прихватљиво у законодавној пракси Републике Србије.

<sup>56</sup> Закон о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине, *Службени гласник РС*, бр. 6/2002. Закон је престао да важи доношењем Закона о утврђивању надлежности Аутономне Покрајине Војводине, *Службени гласник РС*, бр. 99/2009 и 67/2012 – Одлука УС. О такозваном „Омнибус“ закону вид. више: Тамаш Корхец, „Vojvodina – The struggle for autonomy Omnibus Law on Vojvodina – A specific legislative step towards decentralization in post-Milosevic Serbia“, *Helsinki Monitor* 4/2002, 285–298.

<sup>57</sup> „...право у том смислу да је једна норма довољно снажна да се примењује од стране суда као независан правни основ за једну судску пресуду“. Markku Suksi, *Sub-State Governance through Territorial Autonomy. A Comparative Study in Constitutional Law of Powers, Procedures and Institutions*, Springer, Heidelberg 2011, 15–16.

не саобраћаја, уређивање путева, просвета, јавно информисање). У случају културе, здравствене заштите, а и мањинских права – према Закону о заштити права и слобода националних мањина – не прецизира се шта се сматра *ближим* уређењем, али се прописује одређена врста нормативне надлежности, док у области спорта постоје конкретне нормативне функције, али у повереној надлежности.

Према Закону о надлежностима АП Војводине, у области просторног планирања и регионалног развоја<sup>58</sup>, развојно планирање уређује се покрајинским прописима који морају бити усаглашени и са економском политиком и стратегијом регионалног развоја Републике Србије.<sup>59</sup> То значи да, осим поштовања закона, аутономна покрајина свој пропис мора да усклади и са стратешким планирањем Републике Србије, иако АП Војводина и Београд – као статистичке регије – самостално доносе своје регионалне развојне стратегије у складу са Законом о регионалном развоју.<sup>60</sup> С правом се поставља питање: зашто аутономна покрајина не поступа у складу са сопственом стратегијом, односно зашто у закону о надлежностима могућност самосталног стратешког развијања није добила своје заслужено место. Ипак, праву несигурност у вези са оквиром те надлежности изазива чињеница да се ни из секторског закона о регионалном развоју ни из Закона о планирању и изградњи не може закључити ко може да регулише и шта може да се регулише у вези с развојним планирањем, односно шта уопште значи уређивање у том контексту. Постоји могућности за самостално нормирање у смислу поменутог закона о надлежностима, али је његов садржај нејасан.

У области просторног и урбанистичког планирања и изградње објеката, поменути закон о надлежностима чак и не спомиње могућности покрајинског нормирања, а према релевантном системском закону, Закону о планирању и изградњи, покрајина нема ни регулативну функцију ради извршавања закона. Детаљније прописивање садржине и начина издавања техничких стандарда, дозвола и других докумената, елемената испита и стручне контроле поверава се надлежном министру<sup>61</sup>, а не помиње се да би АП Војводина могла да прописује услове другачије од услова које

<sup>58</sup> У области просторног планирања и регионалног развоја, Закон о надлежностима посебно регулише просторно планирање, регионални развој, урбанистичко планирање и изградњу објеката.

<sup>59</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, *Службени гласник РС*, бр. 99/2009 и 67/2012 – Одлука УС, чл. 10, ст. 1, тач. 1.

<sup>60</sup> Закон о регионалном развоју, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 30/2010 и 89/2015, чл. 20.

<sup>61</sup> Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009, 64/2010, 24/2011, 121/2012, 42/2013, 50/2013, 98/2013, 132/2014 и 145/2014, чл. 201.



пропише министар или, на пример, да би, уместо министра, на територији АП Војводине надлежан покрајински секретаријат одговарао за доношење аката за извршење закона. То значи да нормативна надлежност АП Војводине, гарантована Уставом, у погледу питања од покрајинског значаја у тој овласти не претпоставља чак ни регулативно-извршну функцију, паралелну са органима државне управе јер је законодавац заменио уређивање покрајинским прописима у складу са законом, потпуним регулисањем секторским законом које се допуњује и централном развојном стратегијом. Ту констатацију не ублажује ни чињеница да аутономна покрајина самостално доноси просторни план подручја посебне намене или регионални просторни план<sup>62</sup> јер, на пример, тај последњи документ мора да одобри надлежно министарство.<sup>63</sup> Доношење тих планских аката не може да се поистовећује с нормативном надлежношћу у ужем смислу јер – имајући у виду њихов предмет и правну природу – ти акти се не сврставају у круг нормативних аката.<sup>64</sup> Стога не можемо да говоримо о постојању нормативне надлежности аутономне покрајине ни у областима сточарства, ветеринарства и заштите животне средине јер већ сам поменути закон о надлежностима, уместо прописивања надлежности АП Војводине да уреди поједина питања својим прописима, прописује само да АП Војводина доноси разне програме, планове, тј. стручна документа.

Слично наведеним областима, поменути закон прописује уређивање туризма, угоститељства, бања и лечилишта, тачније развијање и планирање туризма, коришћење минералних и термалних вода, односно балнеолошких и климатских ресурса на територији АП Војводине, у складу са Стратегијом развоја туризма Републике Србије и релевантним законима.<sup>65</sup> Једина разлика у односу на одредбе о просторном планирању и регионалном развоју јесте то да у овом случају закон о надлежностима већ садржи посебну одредбу о обавези покрајине да донесе сопствену стратегију у складу са споменутом државном стратегијом<sup>66</sup>, док, с друге стране, Закон о туризму уопште не спомиње посебну покрајинску стратегију (бави се једино програ-

<sup>62</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 10, ст. 1, тач. 3.

<sup>63</sup> Закон о планирању и изградњи, чл. 33, ст. 3.

<sup>64</sup> Ту констатацију потврђује и начелни став Уставног суда РС, према којем поменути суд није надлежан да оцењује садржину урбанистичких планова и програма и нема уставну надлежност да се упушта у оцену уставности и законитости одлука донетих у извршавању тих *планских аката*. Ул-112/2009, од 22. децембра 2009. године, *Билтен Уставног суда Србије* 2009/2, 406–407.

<sup>65</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 23, ст. 1, тач. 1) и 6).

<sup>66</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 23, ст. 1, тач. 2); Одлука о доношењу Стратегије развоја туризма Војводине – Маркетинг стратегија туризма Војводине, *Службени лист АП Војводине*, бр. 6/2010.

мима развоја туризма). Стратегија развоја туризма Републике Србије, усвојена 2016. године за период од 2016. до 2025. године<sup>67</sup>, такође не помиње покрајинску стратегију, иако би, начелно, АП Војводина требало да врши своје нормативне функције у складу с њом. Закон о туризму поверава доношење подзаконских аката, неопходних за извршавање закона у надлежност министарству,<sup>68</sup> и не прописује никакву изворну ни поверену нормативну надлежност АП Војводине. Слична је ситуација и у случају бања, односно термалних вода.<sup>69</sup>

Посебан проблем представљају оне одредбе закона о надлежностима које уопштено прописују покрајинско уређивање, тј. не утврђују шта покрајина може да регулише у појединим друштвеним областима (на пример, другачије услове од законских, више права, питања од значаја за извршавање закона). Штавише, Уставни суд РС поништио је сваку одредбу закона о надлежностима, којом је прописано генерално уређивање једне целе друштвене области (водопривреда, шумарство, ловство, риболов, односно заштита животне средине), а не уређивање само појединих питања.

У складу са Законом о водама, управљање водама је у надлежности Републике Србије, која се остварује, између осталог, путем органа аутономне покрајине.<sup>70</sup> Овај секторски закон, на пример, посебно признаје изворну надлежност аутономне покрајине у тој области, која изузетно, у случају потребе, може да одреди и друкчију ширину приобалног земљишта на својој територији, различиту од оне коју је одредило надлежно министарство.<sup>71</sup> С друге стране, можемо наћи доста примера у којима се покрајинске надлежности прописују заједно с надлежностима главног града, односно јединица локалне самоуправе, уз исте услове, не уважавајући значајне разлике између локалне самоуправе и покрајинске аутономије. Закон о заштити животне средине прописује у истој одредби надлежност покрајине и јединица локалне самоуправе да доносе своје планове и програме управљања природним ресурсима и добрима, у складу са стратешким документима и својим специфичностима<sup>72</sup>, а независно од Уста-

<sup>67</sup> Стратегија развоја туризма Републике Србије за период од 2016. до 2025. године, *Службени гласник РС*, бр. 98/2016.

<sup>68</sup> Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 99/2011, 93/2012 и 84/2015, чл. 25, ст. 3, чл. 41, ст. 3, чл. 45, ст. 6–7, чл. 49, ст. 3, чл. 51, ст. 8, чл. 53, ст. 6, чл. 58, ст. 11, чл. 62, ст. 3, чл. 68, ст. 14, чл. 75, ст. 3.

<sup>69</sup> Закон о бањама, *Службени гласник РС*, бр. 80/1992 и 67/1993.

<sup>70</sup> Закон о водама, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, 93/2012 и 101/2016, чл. 24.

<sup>71</sup> Закон о водама, чл. 9, ст. 3.

<sup>72</sup> Закон о заштити животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009, 72/2009, 43/2011 и 14/2016, чл. 13.

вом утрђених разлика између тих нивоа власти у области заштите животне средине.<sup>73</sup>

Насупрот Закону о водама, Закон о дивљачи и ловству у посебном члану регулише поједине послове АП Војводине у тој области.<sup>74</sup> Таква енумерација питања од покрајинског значаја у области ловства представља прецизирање уставне одредбе и може да послужи као добар пример за законе којима се регулише нека друга друштвена област. Међутим, нумерисани, првенствено управни послови, врше се као поверене надлежности АП Војводине – како према секторском закону, тако према закону о надлежностима. Поништавањем оних одредаба Закона о надлежностима које утврђују нормативне функције у целини су нестали изворни послови покрајине у тој друштвеној области. Слично стање настало је у вези с покрајинским надлежностима у области риболова.<sup>75</sup>

Када је реч о повереним пословима, законом о надлежностима прописано је да АП Војводина ближе уређује услове за обављање спортских делатности организација у области спорта са своје територије, али да те послове врши као поверене.<sup>76</sup> Иако би ближе уређивање услова у складу са законом могло да се сматра нормативном надлежношћу аутономне покрајине, у овом случају поставља се питање да ли је ипак реч о регулативној функцији ради извршавања закона, нарочито имајући у виду схватање Уставног суда РС да се нормативни послови не могу поверавати нижим нивоима власти.

Непостојање покрајинског нормативног уређивања карактерише и област пољопривреде, односно, према закону о надлежностима – сточарство и ветеринарство. У тим друштвеним областима аутономна покрајина доноси дугорочне одгајивачке програме, али не и нормативне акте.<sup>77</sup> Такође, АП Војводина не може да доноси, спроводи и надзире мере аграрне политике и мере руралног развоја јер је ту надлежност Уставни суд РС прогласио неуставном, тачније супротном надлежностима Републике Србије. Према ставу Уставног суда РС, утврђивање и спровођење политика једнако је важно за све грађане Републике Србије, те зато аграрна политика не може да буде одређена као питање од покрајинског значаја. Могућност органа државне управе да учествују у обликовању политике Владе РС не односи се на органе аутономне покрајине јер се та надлеж-

<sup>73</sup> Устав, чл. 190, ст. 1, тач. 6). За разлику од јединице локалне самоуправе, Устав изричито наглашава „посебну“ одговорност Републике Србије и аутономне покрајине за заштиту животне средине. Устав Републике Србије, чл. 74, ст. 2.

<sup>74</sup> Закон о дивљачи и ловству, *Службени гласник РС*, бр. 18/2010, чл. 6.

<sup>75</sup> Одлука Уставног суда РС, IУз-353/2009, 32.

<sup>76</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 40.

<sup>77</sup> *Ibid.*, чл. 15, тач. 1) и 3).

ност не може поверити.<sup>78</sup> Супротно закону о надлежностима, Закон о пољопривреди и руралном развоју посебно регулише овлашћење органа АП Војводине и јединице локалне самоуправе да *утврђују мере подршке за спровођење пољопривредне политике за своја подручја*, да оснивају посебна правна лица за ту сврху и да финансирају програме подршке из сопствених буџета.<sup>79</sup>

Када је реч о осталим гранама привреде – индустрији, занатству и саобраћају, насупрот наведеним примерима, закон о надлежностима садржи више одредаба о регулативним функцијама АП Војводине, укључујући и нормативно регулисање у изворној надлежности. На пример, утврђивање и обезбеђивање мера за унапређивање и развој старих заната и уређивање и обезбеђивање унутрашњег пловидбеног превоза.<sup>80</sup> Али, нормативне надлежности губе смисао уколико системски закони из појединих друштвених области детаљно регулишу сва питања која по закону о надлежностима спадају у изворну надлежност покрајинских органа – нарочито у области друског саобраћаја.<sup>81</sup>

Већ на први поглед уочљиво је да у области културе закон о надлежностима прописује више нормативних надлежности него у другим друштвеним областима. На пример, у области културе АП Војводина, између осталог, утврђује потребе и интересе грађана на својој територији, укључујући и потребе и интересе припадника националних мањина, утврђује програм културног развоја АП Војводине, утврђује функције матичних установа у области заштите културних добара у повереној надлежности, а као изворни посао прописује допунске услове за рад ових установа, односно утврђује ближе услове за рад библиотека.<sup>82</sup> Сам Закон о култури такође утврђује нормативне надлежности аутономне покрајине у посебној одредби: аутономна покрајина се стара о *спровођењу културне политике на својој територији и уређује питања од покрајинског значаја* у области културе, с тиме што сличну надлежност закон утврђује и за јединице локалне самоуправе („уређује поједина питања од интереса за своје грађане“).<sup>83</sup> Такође, тим законом се потврђује и улога АП Војводине у спровођењу државне политике на својој територији,

<sup>78</sup> Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010 и 99/2014, чл. 12, ст. 1, чл. 97, тач. 6).

<sup>79</sup> Закон о пољопривреди и руралном развоју, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 10/2013 и 101/2016, чл. 14.

<sup>80</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 29, 30 и 32.

<sup>81</sup> Вид. Закон о јавним путевима, Закон о безбедности саобраћаја на путевима.

<sup>82</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 41, 42 и 45.

<sup>83</sup> Закон о култури, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 13/2016 и 30/2016, чл. 4.

слично касираној надлежности у области пољопривреде. Међутим, у погледу нормативних надлежности, ни Закон о култури не садржи прецизно одређење о томе како и шта би АП Војводина могла да ближе уређује као питање од покрајинског значаја.

Када је реч о социјалној заштити, АП Војводина, односно јединице локалне самоуправе могу прописати примену виших стандарда и повољније услове за остваривање социјалних услуга од надлежног министарства<sup>84</sup>, али то допунско нормирање не подразумева и *додатна и допунска права* у области заштите породице, права деце, трудница, мајки током породилског одсуства и самохраних родитеља с децом у тумачењу Уставног суда РС. То значи да у области социјалне заштите АП Војводина не може да уређује већа или другачија права од оних гарантованих Законом о социјалној заштити, независно од тога шта се сматра питањем од покрајинског значаја по закону о надлежностима јер „породица, мајка, самохрани родитељ и дете у Републици Србији уживају посебну заштиту, у складу са законом“<sup>85</sup>, односно у складу са Уставом, Република Србија је надлежна да уређује и обезбеђује друге облике социјалне сигурности.<sup>86</sup> У складу с тим схватањем, у свим друштвеним областима у којима је уставотворац прописао начин остваривања уставног права законом, истовремено је и искључио нормативну функцију аутономне покрајине, односно примену закона о надлежностима; иако улога закона у том контексту може да се тумачи веома опширно, почевши од дефинисања начела, преко прецизирања услова ван подручја АП Војводине, све до набрајања питања од покрајинског значаја у области социјалне заштите. Ипак, према образложењу Уставног суда РС, није у складу са Уставом уколико АП Војводина актима ниже правне снаге уређује већи обим права од права утврђених секторским законом јер је Законом о социјалној заштити изричито прописано у којим случајевима и на који начин је могуће одступање.<sup>87</sup>

У области здравства, АП Војводина нема скоро ниједну праву нормативну надлежност према закону о надлежностима, осим ако се посао да утврђује минимум процеса рада за време штрајка здравствених установа не сматра нормативном надлежношћу.<sup>88</sup> Ни у Закону о здравственој заштити не спомиње се посебно шта покрајина може самостално да регулише, иако је у посебним одредбама прописано које послове и задатке покрива друштвена брига за здравље на

<sup>84</sup> Закон о социјалној заштити, *Службени гласник РС*, бр. 24/2011, чл. 74, ст. 2.

<sup>85</sup> Устав Републике Србије, чл. 66, ст. 1.

<sup>86</sup> *Ibid.*, чл. 97, ст. 1, тач. 8.

<sup>87</sup> Одлука Уставног суда РС, ГУз-353/2009, 34.

<sup>88</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 47, тач. 14).

нивоу аутономне покрајине, међу којима је и овлашћење аутономне покрајине за стварање услова за бољу доступност и приступачност у коришћењу здравствене заштите на својој територији у здравственим установама чији је оснивач који су *виши* од норматива из закона.<sup>89</sup> Међутим, збуњујуће је то што је истоветна надлежност прописана и за јединице локалне самоуправе.

Осим набрајања послова у оригиналној и повереној надлежности, закон о надлежностима прописује да се поједини послови обављају на јединствен начин и под једнаким условима, које – у складу са законом – прописује надлежни министар за целу територију Републике Србије.<sup>90</sup> Поставља се питање да ли је законодавац захтевао јединствено поступање само у вези с наведеним питањима, што би значило да АП Војводина сва остала питања сврстава (може да сврстава) под другачији правни режим регулисања, без повреде начела јединства грађана у Републици Србији. Имајући у виду несразмерност у броју оригиналних и поверених послова (у корист поверених послова), то питање је више теоријско.

На основу анализираних примера, може се утврдити да системски закони не уређују надлежности АП Војводине на јединствен начин: и појединачно, али и у поређењу са законом о надлежностима, врло различито регулишу какве надлежности има покрајина. Стварање јединственог модела у вези с регулисањем надлежности покрајине у системским законима била би једна од могућности за решавање те шароликости, као и допринос постизању правне сигурности. Имајући у виду законодавну праксу у Републици Србији, закони детаљно регулишу све односе, укључујући и оне из нормативне надлежности аутономне покрајине (што је и логична последица асиметричног статуса територијалне аутономије у држави). Ради заштите територијалне аутономије, а и законитости клаузула изузимања – како општег, тако парцијалног карактера – одговарајуће би било и одрживо решење за утврђивање надлежности АП Војводине. Прва могућност би била да се секторским законима пропишу општа начела, појмови и поступци у вези са АП Војводином, с тим да остала питања, у оквирима дефинисаних граница, детаљно регулише АП Војводина својим актима, у складу са законом о надлежностима. Тај приступ би, без сумње, захтевао много интензивнију нормативну активност покрајинских органа, а истовремено би променио и досадашњу законодавну праксу. У случају друге опције, клаузулом парцијалног изузимања, законодавац би могао да одлучи од којих одредаба закона жели да изузме АП Војвдину. Осим тога, клаузу-

---

<sup>89</sup> Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013, 93/2014, 96/2015 и 106/2015, чл. 13а.

<sup>90</sup> Закон о утврђивању надлежности АП Војводине, чл. 33, ст. 2, чл. 34, ст. 2.

ла изузимања може да буде опционална, када би се, независно од изузимања, одређена одредба закона могла примењивати на АП Војводину све док она то питање не уреди сопственим актима.

Иако оквирни закон – као посебна категорија закона – није обавезан предуслов за успешно функционисање територијалних аутономија, он би допринео обезбеђивању веће самосталности субнационалних ентитета и решавао би и дилеме у вези с поделом надлежности између државе и аутономне покрајине, које произлазе из недефинисаности појма уређивање у складу са законом.

Осим примене клаузуле изузимања, Народна скупштина РС могла би у законима да одреди посебан део за АП Војводину у појединим системским законима, у којим би прецизирала надлежности АП Војводине, у складу са одредбама закона о надлежностима о питањима од покрајинског значаја. Законом о надлежностима могла би се постићи усклађеност релевантних системских закона тако што би се утврдило примарно место закона о надлежностима у односу на друге системске законе који делом регулишу питања од покрајинског значаја. То може да се уради у самом закону о надлежностима, али – када је реч о АП Војводини – корисније би било да се то прецизира и у прелазним одредбама системских закона. Такво решење би резултирало тиме што би – у случају колизије или правне празнине – сваки орган знао према ком пропису треба да поступа. Такође, измене системских закона, што је чешћа појава од измене закона о надлежностима, не би негативно утицале на ефикасно вршење надлежности аутономне покрајине, а и нагласила би се разлика између аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, односно разграничиле би се улоге органа државе управе и покрајинских органа у извршавању закона.

Законодавна пракса у Републици Србији садржи бројне инконзистентности у регулисању нормативних надлежности АП Војводине, али је највећи пропуст законодавца то што – након десет година примене Устава – недостаје општеприхваћено тумачење уставне одредбе *уредити у складу са законом*. Уређивање у складу са законом може да се односи на усклађеност с начелима оквирних, односно системских закона и на прописане поступке и стандарде, али – осим овог ширег значења – може имати и уже значење, што према данашњој пракси подразумева „испражњавајући“ карактер секторских закона, не остављајући простора никаквом покрајинском нормању.

## 5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

На основу анализе одлука Уставног суда РС и релевантних закона којима је у двадесет седам области друштвеног живота требало одредити која су питања од покрајинског значаја а које својим прописима уређује АП Војводина, може се закључити следеће: Уставни суд РС, тумачећи релевантне одредбе Устава о нормативној надлежности АП Војводине, готово без изузетака, заузео је рестриктиван став према аутономији у односу на јединство правног поретка и по принципу централизације државне власти. То се нарочито може закључити у случају када је Уставни суд РС, касирајући одредбе Закона о утврђивању надлежности АП Војводине, утврдио да се уређивање питања од покрајинског значаја не може проширити на области ван двадесет седам наведених у Уставу нити се цела област може законом утврдити као питање од покрајинског значаја. Истовремено, Уставни суд РС фактички је утврдио већу правну снагу секторских закона од закона који утврђује надлежност АП Војводине, чак и ако секторски закон, супротно члану 183, став 2 Устава, уопште не утврђује питање од покрајинског значаја које АП Војводина уређује сопственим прописима. Очигледан је рестриктиван став Уставног суда РС у последњем поменутом случају јер уопште није размотрио питање повреде Устава на штету АП Војводине у случају да у Уставом утврђеним областима није утврђена било каква нормативна или друга изворна надлежност АП Војводине. Стога следи закључак да – према ставу Уставног суда РС – Устав не јемчи ни у поменутих областима право на уређивање АП Војводини, односно да Устав само омогућује, и то веома рестриктивно, пренос нормативних надлежности на АП Војводину. При томе, Устав не утврђује садржину пренетих нормативних надлежности него и само преношење нормативних надлежности уопште представља дискрецију законодавца. Дакле, законодавац је ограничен Уставом само ако жели да децентрализује државу, али нема уставне препреке ако жели да одржи пуну централизацију у наведеним областима. Такав став и такво схватање Уставног суда РС прилично је далеко од значења израза у самим одредбама Устава, али представља уставноправну стварност и реалан домаћај уставних одредаба о аутономији, уобличен праксом Уставног суда РС.

Након анализе закона којима се утврђују питања од покрајинског значаја, може се закључити да у већини области секторски закони уопште не утврђују никаква питања од покрајинског значаја. Уколико то ипак чине, мешају изворну нормативну надлежност која је утврђена законом и поверене послове државне управе, односно доношење аката који по својој природи нису општи правни



акти. Такође, честа је појава да се у законима преписује уставна формулација, а да се на основу Устава и у складу с њим не одреде конкретно питања од покрајинског значаја.

Овај рад доказује да је – и поред веома рестриктивног тумачења Уставног суда у протеклих десет година – законодавац могао садржински да допуни и да уобличи нормативну надлежност АП Војводине која је гарантована чланом 183, став 2 Устава, а у вези с чланом 177 Устава у секторским законима. Пошто то није учињено, у правном поретку данас постоје, само као изузетак, неки покрајински прописи којима се уређују питања од покрајинског значаја. Дакле, покрајинска аутономија је практично сведена на право уређивања сопствене организације, на вршење поверених послова и оснивачких права јавних служби, односно допунско финансирање развоја у неким областима, као што су пољопривреда и права припадника националних мањина.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Benedikter, T., *The World's Modern Autonomy Systems. Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*, EURAC, Bolzano 2009.
- Beširević, V., „Governing without judges: The Politics of the Constitutional Court in Serbia“, *International Journal of Constitutional Law* 4/2014.
- Јовановић, М., „Статут АП Војводине – Да ли Статут прелази у федерализам“, *Предлог Статута АП Војводине – Зборник радова са Научног скупа одржаног 1. децембра 2008. у организацији Правног факултета Универзитета у Београду* (ур. Р. Марковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Jovanović, M., „Statut AP Vojvodine – Da li Statut prelazi u federalizam“, *Predlog Statuta AP Vojvodine – Zbornik radova sa Naučnog skupa održanog 1. decembra 2008. u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* (ur. R. Marković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)
- Korheć, T., „Vojvodina – The struggle for autonomy Omnibus Law on Vojvodina – A specific legislative step towards decentralization in post-Milosevic Serbia“, *Helsinki Monitor* 4/2002.
- Корхеџ, Т., „Јавно-правни положај Аутономне покрајине Војводине“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 9/2008. (Korheć, T., „Јавно-правни положај Аутономне покрајине Војводине“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 9/2008)

- Марковић, Р., „Устав Републике Србије из 2006. – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006. (Marković, R., „Ustav Republike Srbije iz 2006. – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2006)
- Милосављевић, Б., „Уставноправни концепт територијалне аутономије у Србији“, *Правни живот* 12/2012. (Milosavljević, B., „Ustavnopravni koncept teritorijalne autonomije u Srbiji“, *Pravni život* 12/2012)
- Пајванчић, М., *Уставни оквир регионалне државе – пример Србије*, Центар за регионализам, Нови Сад 2009. (Pajvančić, M., *Ustavni okvir regionalne države – primer Srbije*, Centar za regionalizam, Novi Sad 2009)
- Симовић, Д., „О (не)уставности Предлога Статута АП Војводине“, *Предлог Статута АП Војводине – Зборник радова са Научног скупа одржаног 1. децембра 2008. у организацији Правног факултета Универзитета у Београду* (ур. Ратко Марковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Simović, D., „O (ne)ustavnosti Predloga Statuta AP Vojvodine“, *Predlog Statuta AP Vojvodine – Zbornik radova sa Naučnog skupa održanog 1. decembra 2008. u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* (ur. R. Marković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)
- Симовић, Д., „Уставносудско уобличавање територијалне аутономије“, *НБП Журнал за криминалистику и право* 3/2013. (Simović, D., „Ustavnosudsko uobličavanje teritorijalne autonomije“, *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo* 3/2013)
- Стојановић, Д., „Премисе уставне контроле права и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије“, *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права* (ур. Б. Ненадић), Уставни суд, Београд 2013. (Stojanović, D., „Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. B. Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013)
- Suksi, M., *Sub-State Governance through Territorial Autonomy. A Comparative Study in Constitutional Law of Powers, Procedures and Institutions*, Springer, Heidelberg 2011.

Tamaš Korhec, PhD

Associate Professor

Union University, Faculty of Legal and Business Studies „Dr Lazar

Vrtakić“ in Novi Sad

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

Katinka Beretka, PhD

Assistant Professor

University Business Academy, Faculty of Law for Commerce and Judiciary

in Subotica

CONSTITUTIONAL SHAPING OF THE REGULATORY POWERS  
OF THE AUTONOMOUS PROVINCE OF VOJVODINA –  
TEN YEARS OF APPLICATION OF THE CONSTITUTION  
OF THE REPUBLIC OF SERBIA

*Summary*

Provisions of the Constitution of the Republic of Serbia from 2006 concerning the position of the Autonomous Province of Vojvodina are essentially based on constitutional solutions from 1990 with some differences. Compared to the previous one, the present Constitution contains numerically more norms regulating the position of autonomous provinces (actually the Autonomous Province of Vojvodina being the only autonomous province in the legal system of the Republic of Serbia): regulatory powers have been extended to new social fields, there are constitutional guarantees of property of the autonomous province, types and degree of its incomes, as well as protection of the autonomous province from potential usurpation of its competences by the State and local municipalities. Notwithstanding the formal extension of constitutional guarantees concerning the position of the AP Vojvodina real weight and scope of these constitutional provisions, especially those being a novelty in the legal system of Serbia, might be evaluated only through analysis of the constitutional practice. This paper is going to analyze competences of AP Vojvodina in the field of regulation, law-making. The analysis involves different solutions in laws regulating competences of AP Vojvodina as well as interpretations and standings of the Constitutional Court on the scope and limitations of these regulatory powers. It has been found that laws contain „colorful“ solutions concerning determination of the regulatory powers of the AP Vojvodina, and still, ten years after the enactment of the Constitution, owing to juridical practice and interpretations of the Constitutional Court the AP Vojvodina has practically no right to regulate

issues of social life by the regulations of the Provincial Assembly, even though it would be possible in different ways even within current constitutional framework and limits.

Key words: *Constitution. – Autonomous province. – Regulatory power. – Constitutional Court. – Division of competences/power-sharing.*

Article history:

Received: 27. 6. 2017.

Accepted: 28. 2. 2018.

Др Мирјана Радовић, LL.M. (Humboldt)\*

## УНИВЕРЗАЛНА СУКЦЕСИЈА КОД СТАТУСНИХ ПРОМЕНА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

*У раду је пружена детаљна анализа универзалне сукцесије код статусних промена спајања, припајања, поделе и издвајања привредних друштава. Први део рада је посвећен дефинисању појма и утврђивању основних карактеристика универзалне сукцесије. Универзална сукцесија се схвата као посебан начин стицања права и обавеза као целине, који представља изузетак од општег начина стицања сваког појединачног права и обавезе путем сингуларне сукцесије. Потом је истражен циљ прописивања универзалне сукцесије, који се код статусних промена огледа у олакшавању и подстицању те врсте реструктурирања привредних друштава. Следећи део рада се бави разликом између потпуне и парцијалне универзалне сукцесије, која се јавља код статусних промена поделе и издвајања, а означава пренос једног дела имовине и обавеза као целине са друштва преносиоца на друштво стицаоца. Након тога, аутор објашњава правни основ универзалне сукцесије код статусних промена, који је у савременој упоредноправној теорији споран. У завршном делу рада су анализирани изузеци од преноса имовине и обавеза путем универзалне сукцесије, који проистичу из чињенице да одређена права и обавезе не могу да се преносе са једног субјекта на другог. Коначно, аутор обрађује проблем тзв. заборављене имовине и обавеза, које у плану поделе нису расподељене конкретном друштву стицаоцу. Теоријскоправна разматрања у раду су вршена у сврхе правилног тумачења важећих правила у праву Европске уније и Србије, која су у том смислу лаконска и недовољно јасна.*

Кључне речи: *Универзална и сингуларна сукцесија. – Правно следбеништво. – Статусне промене. – Парцијална универзална сукцесија. – Непреносивост права и обавеза.*

---

\* Ауторка је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [mirjanam@ius.bg.ac.rs](mailto:mirjanam@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОД

У случају статусних промена одређено привредно друштво (друштво преносилац) у целини или делимично преноси своју имовину и обавезе на једно или више других привредних друштава (друштва стицаоце), при чему противнакнаду за извршени пренос уместо друштва преносиоца добијају његови чланови, односно акционари, и то у виду удела, односно акција у сваком од друштава стицалаца.<sup>1</sup> Из изложеног појма се уочава да пренос имовине и обавеза са једног привредног друштва на друго представља *conditio sine qua non* статусних промена. Међутим, спровођење таквог преноса према општим правилима грађанског права би било изразито компликовано, ако не и немогуће, нарочито у ситуацији када на друштво стицаоца треба да пређу целокупна имовина и све обавезе друштва преносиоца.<sup>2</sup> Управо из тог разлога се у највећем броју упоредноправних система код статусних промена привредних друштава прописује изузетак од примене општих правила грађанског права, те се пренос имовине и обавеза спроводи путем универзалне сукцесије. Исти приступ начелно је усвојен и у српском Закону о привредним друштвима, јер се у њему прописује да „даном регистрације статусне промене [...] имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стицаоца у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе“.<sup>3</sup> Упркос томе, у српској правној теорији до сада није пружена озбиљнија анализа универзалне сукцесије као механизма на коме почивају статусне промене привредних друштава. Отуда се основни циљ овог рада састоји у продубљеном истраживању појма, природе, дејстава и домашаја универзалне сукцесије у контексту статусних промена.

## 2. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ УНИВЕРЗАЛНЕ СУКЦЕСИЈЕ КОД СТАУСНИХ ПРОМЕНА

Универзална сукцесија није оригиналан институт права статусних промена, већ има дугу традицију примене у грађанском праву. Она се изворно везивала за наследно право<sup>4</sup>, у којем и дан-данас

---

<sup>1</sup> Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 483, ст. 1 и 2.

<sup>2</sup> Упор. Harald Stingl, *Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht: Verschmelzung, Umwandlung, Spaltung, Anwachsung*, 1. Auflage, Linde Verlag, Wien 2016, 1.

<sup>3</sup> ЗПД, чл. 505, ст. 1, тач. 1.

<sup>4</sup> Stefan Schröcker, *Datenschutz und Universalsukzession bei Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz*, Wiesbaden 2006, 41; H. Stingl, 2.

служи као објашњење преласка целокупне (наследиве) имовине и обавеза са оставиоца на наследника.<sup>5</sup> Имајући у виду да би након смрти физичког лица његова имовина и обавезе изгубиле свог носиоца, универзална сукцесија омогућава да се избегне ситуација у којој би права остала без титулара.<sup>6</sup> Отуда се помоћу универзалне сукцесије целокупна наследива имовина и обавезе у тренутку смрти преносе са оставиоца на наследника. Убрзо се увидело да је иста логика применљива и на статусне промене привредних друштава, и то пре свега статусне промене спајања и припајања.<sup>7</sup> Код тих врста статусних промена, такође, долази до престанка постојања друштва преносиоца, као догашњег титулара права и дужника обавеза,<sup>8</sup> те се помоћу универзалне сукцесије обезбеђује континуитет, односно спречава настанак вакуума у коме би предузеће остало без свог носиоца.<sup>9</sup>

У упоредном праву се под универзалном сукцесијом подразумева начин стицања имовине и обавеза као целине, који се заснива на јединственом правном основу са истом каузом, а догађа се у одређеном тренутку по сили закона, и то на темељу само једне радње преноса.<sup>10</sup> Из наведеног појма произлазе следеће битне карактеристике универзалне сукцесије.<sup>11</sup> Прво, универзална сукцесија представља посебан начин стицања (*modus acquirendi*) права и обавеза, који је у том смислу алтернатива појединачном преносу у складу са општим правилима грађанског права.<sup>12</sup> Друго, код универзалне сукцесије одређени скуп права и обавеза преноси се на стицаоца као целина

<sup>5</sup> Више вид. Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, 8. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 35 и даље.

<sup>6</sup> S. Schröcker, 41; H. Stingl, 2; Д. Ђурђевић, 35.

<sup>7</sup> Упор. H. Stingl, 2.

<sup>8</sup> ЗПД, чл. 486 и 487.

<sup>9</sup> Volker Rieble, „Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP* 8/1997, 303.

<sup>10</sup> Упор. Karlheinz Muscheler, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb – Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, 5; S. Schröcker, 39. Упор. Тајјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Београд 2010, 309, према чијем мишљењу: „Универзална сукцесија представља пренос права и обавеза с једног на други правни субјект, при чему је неопходно да постоји одређени идентитет између права и обавеза пре и после преноса.“

<sup>11</sup> Више вид. K. Muscheler, 5 и даље.

<sup>12</sup> Упор. Johannes W. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung: Eine Studie zur Nutzbarmachung der Universalsukzession für die Unternehmenspraxis*, De Gruyter Recht, Berlin 2008, 67; K. Muscheler, 29; Arndt Teichmann, „Die Spaltung von Rechtsträgern als Akt der Vermögensübertragung“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – ZGR* 1993, 398; Д. Ђурђевић, 37.

(*en bloc*), а не појединачно као код сингуларне сукцесије (*succedere in rem*).<sup>13</sup> Према томе, овде са преносиоца на стицаоца прелази целина (*succedere per universitatem*)<sup>14</sup>, а тек посредно, захваљујући преносу целине, и појединачна права, односно обавезе из којих се та целина састоји.<sup>15</sup> Треће, пренос имовине и обавеза путем универзалне сукцесије почива на јединственом правном основу са истом каузом.<sup>16</sup> У случају статусних промена правни основ представља сам закон, а према мишљењу неких аутора уговор о статусној промени, односно план поделе, док кауза преноса имовине и обавеза зависи од конкретне врсте изабране статусне промене.<sup>17</sup> Отуда, овде није потребно да се закључују бројни уговори о преносу сваког појединог права и сваке поједине обавезе, будући да је њихово стицање утемељено у једном правном основу – закону, односно уговору о статусној промени или плану поделе.

Четврто, код универзалне сукцесије је за стицање имовине и обавеза као целине довољна само једна радња преноса.<sup>18</sup> Пошто се располагање врши *in actu*<sup>19</sup>, није потребно *singulis actibus*, односно појединачно пренети свако право и сваку обавезу (на пример, извршити посебну предају сваке покретне ствари, посебно уступити свако потраживање и сл.).<sup>20</sup> Пето, имовина и обавезе путем универзалне сукцесије као целина прелазе са преносиоца на стицаоца у једном одређеном тренутку.<sup>21</sup> Тај тренутак је код статусних промена у праву Србије дефинисан као моменат наступања правних последица статусне промене и пада на дан регистрације статусне промене.<sup>22</sup>

<sup>13</sup> J. E. Goudsmit, *The Pandects – A Treatise on Roman Law and upon Its Connection with Modern Legislation*, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey 2005, 118 и 119; K. Muscheler, 29; S. Schröcker, 41; A. Teichmann, 398; Martin Heidenhain, „Fehlerhafte Umsetzung der Spaltungs-Richtlinie“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – EuZW* 11/1995, 328.

<sup>14</sup> S. Schröcker, 39 и 41; Д. Ђурђевић, 35 и 36.

<sup>15</sup> J. E. Goudsmit, 119; упор. K. Muscheler, 30.

<sup>16</sup> K. Muscheler, 36; упор. Д. Ђурђевић, 38.

<sup>17</sup> Примера ради, код статусне промене спајања или припајања кауза се огледа у престанку друштва преносиоца без спровођења поступка ликвидације и стицању удела, односно акција од његових чланова, односно акционара у друштву стицаоцу. Упор. Matthias Frost, *Personengebundene Gesellschaftsanteile und Universalsukzession bei Umwandlungen*, Books on Demand, Hamburg 2016, 110. О схватању каузе у српској правној науци више вид. Атила Дудаш, „Схватања о каузи у домаћој цивилистици по усвајању Закона о облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 476 и даље.

<sup>18</sup> Упор. S. Schröcker, 40 и 46.

<sup>19</sup> K. Muscheler, 30; S. Schröcker, 41; Т. Јевремовић Петровић, 312.

<sup>20</sup> H. Stingl, 2; упор. J. W. Flume, 67; K. Muscheler, 30.

<sup>21</sup> K. Muscheler, 35; упор. Д. Ђурђевић, 36.

<sup>22</sup> ЗПД, чл. 505, ст. 1.



Наведено решење је логично, имајући у виду да у истом тренутку код статусних промена спајања, припајања и поделе друштво преносилац престаје да постоји без спровођења поступка ликвидације. Коначно, шесто, у случају универзалне сукцесије права и обавезе у наведеном тренутку прелазе са преносиоца на стицаоца по сили закона (*ipso iure*).<sup>23</sup> Дакле, овде стицање имовине и обавеза као целине није зависно од воље, па чак ни од свести (знања) учествујућих страна, већ наступа аутоматски чим се стекну прописани услови.<sup>24</sup> Такође, до преноса имовине и обавеза долази без потребе за било каквом додатном радњом преносиоца и стицаоца.<sup>25</sup>

Имовина друштва преносиоца која је пренета путем универзалне сукцесије сједињује се са осталом имовином друштва стицаоца и надаље чини његову јединствену имовину (*confusio bonorum*).<sup>26</sup> Отуда ће некадашњи повериоци друштва преносиоца, који су након универзалне сукцесије постали повериоци друштва стицаоца, убудуће имати право да се намирују из тако одређене, целокупне имовине друштва стицаоца, а не само из имовине која је припадала њиховом првобитном дужнику.<sup>27</sup> Истовремено, изворни (сопствени) повериоци друштва стицаоца ће, захваљујући описаним дејствима универзалне сукцесије, моћи да се намирују и из новостечене имовине, равноправно са осталим необезбеђеним повериоцима.<sup>28</sup>

Изложене основне карактеристике универзалне сукцесије показују да је реч о правном институту који је изразито значајан за грађанскоправно располагање правима и обавезама. С обзиром на то да је овде пренос усмерен ка целини права и обавеза, на њега се не примењују општа грађанскоправна правила о располагању сваким појединачним правом и обавезом. Другим речима, универзална сукцесија представља изузетак од општег режима преноса права и обавеза, те у односу на њега има приоритет у примени. Захваљујући чињеници да је универзална сукцесија посебан, алтернативан *modus acquirendi*, који има предност у односу на општи начин стицања одређених врста права и обавеза, она омогућава: 1. пренос права својине на непокретности без потребе за уписом у земљишне

<sup>23</sup> М. Heidenhain (1995a), 329; Н. Stingl, 2; Д. Ђурђевић, 37; Т. Јевремовић Петровић, 312.

<sup>24</sup> S. Schröcker, 39 и 40; К. Muscheler, 30.

<sup>25</sup> Поједини аутори наведеним карактеристикама додају и то да се код универзалне сукцесије целина имовине и обавеза преноси на једног одређеног стицаоца. Та карактеристика се означава као „унилинеаритет“ универзалне сукцесије. Више вид. К. Muscheler, 5; вид. и Д. Ђурђевић, 37.

<sup>26</sup> К. Muscheler, 47.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

књиге<sup>29</sup>; 2. пренос преносивих права интелектуалне својине (попут жига или права на патент) независно од уписа у регистар<sup>30</sup>; 3. пренос уговора без обзира на пристанак друге уговорне стране<sup>31</sup>; 4. пренос потраживања чак и ако не постоји сагласност дужника, која је уговорена као услов пуноважности располагања<sup>32</sup>; 5. пренос обавезе без обзира на (не)сагласност повериоца, која би према општим правилима о преузимању дугу била неопходна<sup>33</sup>; 6. пренос права на хартији од вредности по наредби без потребе за индосирањем на стицаоца<sup>34</sup> итд.

### 3. ЦИЉ ПРАВИЛА О УНИВЕРЗАЛНОЈ СУКЦЕСИЈИ КОД СТАТУСНИХ ПРОМЕНА

Будући да је идеја универзалне сукцесије преузета из наследног права, испрва је циљ њеног прописивања у случају статусних промена био да се избегне неодржива ситуација у којој би права остала без титулара, а обавезе без дужника, односно читаво предузеће без свог носиоца.<sup>35</sup> У складу са тим приступом, универзална сукцесија је првобитно уведена код статусних промена спајања и припајања, које у значајној мери омогућавају прављење паралеле са наслеђивањем умрлог физичког лица. Наиме, приликом спајања и припајања једно привредно друштво (друштво преносилац) престаје да постоји, а целокупну своју имовину и обавезе преноси на друго привредно друштво (друштво стицаоца).<sup>36</sup> С обзиром на то да друштво преносилац, фигуративно речено, „умире“ у моменту наступања

<sup>29</sup> S. Schröcker, 49. У том случају упис у регистар ће имати само деклараторно дејство јер се право својине стиче независно од њега. Такво решење је неопходно како би се обезбедио континуитет права својине, имајући у виду да би у супротном постојао период у коме непокретност не би имала власника, и то од момента престанка правног субјективитета преносиоца до момента уписа стицаоца у регистар.

<sup>30</sup> *Ibid.*; Н. Stingl, 13; упор. Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 10/2013, чл. 50, ст. 3; Закон о патентима, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, чл. 44, ст. 2. Вид. напомену у претходној фусноти.

<sup>31</sup> Упор. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 145; J. W. Flume, 137; Н. Stingl, 13; Klaus J. Müller, „Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz und Übergang von Verträgen mit Abtretungsbeschränkungen“, *Betriebs-Berater* 2000, 365–368, 366.

<sup>32</sup> Упор.: ЗОО, чл. 436, ст. 2; К. J. Müller, 366.

<sup>33</sup> Упор.: ЗОО, чл. 446, ст. 1; Martin Heidenhain, „Spaltungsvertrag und Spaltungsplan“, *Neue Juristische Wochenschrift – NJW* 44/1995, 2877.

<sup>34</sup> Н. Stingl, 14.

<sup>35</sup> V. Rieble, 303; упор. М. Frost, 117.

<sup>36</sup> ЗПД, чл. 486 и 487.

правних дејстава спајања (припајања), његова имовина и обавезе би изгубиле свог носиоца, ако већ тада не би биле пренете на друштво стицаоца. У недостатку универзалне сукцесије, пренос целокупне имовине и обавеза на друштво стицаоца морао би да се обави пре саме регистрације статусне промене. Ипак, такав поступак би био дуготрајан, а по својој сложености налик на ликвидацију привредног друштва. Осим тога, он би се одвијао према правилима о сингуларној сукцесији, која не само да успоравају већ у неким случајевима и спречавају намеравано стицање. Коначно, у описаној ситуацији су нарочито проблематична права и обавезе за које се пре спровођења статусне промене није знало и које стога не би биле пуноважно пренете на стицаоца.

Као и у наследном праву, универзална сукцесија код статусних промена представља решење за све поменуте негативне стране сингуларне сукцесије. Захваљујући њој, појединачан пренос сваког права и сваке обавезе друштва преносиоца пре спровођења спајања (припајања) постаје излишан јер његова целокупна актива и пасива прелазе на друштво стицаоца у моменту наступања правних дејстава статусне промене. Пошто се овде моменат престанка правног субјективитета друштва преносиоца и моменат преноса читаве његове имовине и свих обавеза на друштво стицаоца поклапају, није могуће да права и обавезе остану без свог носиоца и тако се угасе. Уз то, имајући у виду свеобухватност универзалне сукцесије која *ipso iure* аутоматски води преносу свеукупности имовине и обавеза, овде не може да се догоди проблем тзв. заборављених права, односно обавеза.

У складу са објашњеним *ratione legis*, примена универзалне сукцесије временом је проширена и на статусну промену поделе. Попут спајања и припајања, код поделе, такође, долази до престанка друштва преносиоца у моменту регистрације статусне промене, због чега се сматрало да је универзална сукцесија једина подобна да га у том тренутку „оголи“ од свих права и обавеза које по сили закона прелазе на друштва стицаоце. Међутим, следећи корак у проширењу примене универзалне сукцесије на статусну промену издвајања довео је до суштинског преиспитивања њене сврхе и смисла.<sup>37</sup> Разлог се огледа у чињеници да приликом издвајања друштво преносилац не престаје већ наставља да постоји, а само део своје имовине и обавеза преноси на једно или више друштава стицалаца. Упркос томе, у земљама које познају универзалну сукцесију код статусних промена је било неспорно да она треба подједнако да важи и за издвајање из привредног друштва. Истовремено, такав приступ је изазвао корените промене у разумевању циља тог правног института.

<sup>37</sup> V. Rieble, 303.

Данас се сматра да се основна сврха универзалне сукцесије састоји у омогућавању ефикасног спровођења реорганизације привредног друштва путем статусне промене. Другим речима, универзална сукцесија као начин стицања имовине и обавеза услед статусне промене олакшава овај вид реструктурирања компанија.<sup>38</sup> Без универзалне сукцесије пренос права и обавеза између учествујућих привредних друштава морао би да се врши према општим правилима о сингуларној сукцесији, што би знатно успорило и отежало, а у неким ситуацијама и онемогућило спровођење статусне промене.<sup>39</sup> Осим тога, када би се располагање имовином и обавезама вршило према општим правилима о појединачном преносу, успех те врсте реорганизације би у великој мери постао зависан од воље трећих лица (на пример, поверилаца обавеза које се преносе, саговорача из уговора који се преносе и сл.). Трећа лица би тада добила могућност да „тргују“ својом сагласношћу, односно да је користе као средство притиска против друштва преносиоца, а њихово одбијање сагласности могло би да има слична дејства као да постоји право вета на одлуку о статусној промени.<sup>40</sup> Управо то већина правних система не жели да дозволи. Напротив, сматра се да статусне промене као вид реструктурирања привредних друштава треба стимулисати, односно подржати одговарајућом регулативом, па чак и ако је то науштрб права трећих лица, којима се пружа друга, додатна заштита.<sup>41</sup> У том смислу се слободи реорганизовања даје предност у односу на слободу уговарања. Уз помоћ универзалне сукцесије имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на једно или више друштава стицалаца по самом закону, аутоматски на дан регистрације статусне промене, без садејства трећих лица.<sup>42</sup> Захваљујући томе, трећа лица (на пример, повериоци учествујућих друштава) не могу да утичу на статусну промену, односно да је отежају, успоре или спрече.

Објашњена промена у схватању циља прописивања универзалне сукцесије код статусних промена поједине ауторе је навела да редефинишу и сам однос између универзалне сукцесије и статусних промена. Наиме, раније се сматрало да је универзална сукцесија последица статусне промене спајања, односно припајања, која је неопходна због тога што друштво преносилац у тим случајевима

<sup>38</sup> *Ibid.*, 302; S. Schröcker, 39; K. J. Müller, 367.

<sup>39</sup> K. J. Müller, 367; S. Schröcker, 39.

<sup>40</sup> V. Rieble, 301.

<sup>41</sup> Упор. K. J. Müller, 367; S. Schröcker, 62. Тако се правилима о статусним променама, примера ради, прописује да повериоци друштава која учествују у статусној промени имају право да захтевају обезбеђење својих потраживања или другу адекватну заштиту, ако спровођење статусне промене угрожава њихово намирње. За српско право вид. ЗПД, чл. 509.

<sup>42</sup> Упор. S. Schröcker, 62; K. J. Müller, 366.

престаје да постоји.<sup>43</sup> Другим речима, сматрало се да до универзалне сукцесије долази због тога што се друштво преносилац гаси услед спајања или припајања, како би се избегло да његова права и обавезе остану без свог имаоца.<sup>44</sup> За разлику од тога, у складу са новим разумевањем *rationis legis* универзална сукцесија се све више посматра не као последица него као циљ статусне промене.<sup>45</sup> Према томе, смисао статусних промена спајања и припајања састоји се у томе да друштво преносилац буде, метафорички речено, „испражњено“ од свих права и обавеза, да би потом и формалноправно престало да буде правни субјект, будући да више није носилац никаквих права ни обавеза. Сходно том схватању, пренос имовине и обавеза путем универзалне сукцесије логички претходи престанку друштва преносиоца.<sup>46</sup> Исто тумачење односа између универзалне сукцесије и статусне промене заступљено је и у домаћој судској пракси.<sup>47</sup>

#### 4. ПОТПУНА *VERSUS* ДЕЛИМИЧНА (ПАРЦИЈАЛНА) УНИВЕРЗАЛНА СУКЦЕСИЈА

Претходна излагања су показала да је универзална сукцесија код статусних промена испрва била усмерена ка преносу целокупне имовине и свих обавеза друштва преносица на једно друштво стицаоца. У том смислу је она увек била потпуна. У време док се универзална сукцесија примењивала искључиво на статусне промене спајања и припајања поменута карактеристика потпуно је поистовећивана са самим њеним појмом.<sup>48</sup> Отуда се сматрало да универзална сукцесија постоји само ако читава имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на једно одређено друштво стицаоца. Међутим, од момента када је примена универзалне сукцесије проширена на статусну промену поделе, а потом и издвајања, увидело се да потпуност не може бити њена суштинска карактеристика. Наиме, код поделе и издвајања привредно друштво преноси само део своје имовине и обавеза на једно друштво стицаоца у складу са расподелом

<sup>43</sup> Упор. А. Teichmann, 399.

<sup>44</sup> V. Rieble, 303.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 303 и 304; А. Teichmann, 399.

<sup>46</sup> Упор. М. Heidenhain (1995a), 329.

<sup>47</sup> Вид. Решење Привредног апелационог суда, Пж. 7484/2014 од 6. новембра 2014. године, *Paragraf Lex*, у чијем образложењу се наводи следеће: „...једно или више друштва може се припојити другом друштву преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштво које се припаја престаје да постоји...“ Из тога произлази да суд сматра да универзална сукцесија, која омогућава пренос целокупне имовине и обавеза, логички претходи престанку друштва преносиоца.

<sup>48</sup> Упор. J. W. Flume, 76 и 77.

предвиђеном у плану поделе.<sup>49</sup> Упркос томе, у складу са објашњеним правно-политичким циљем стимулације реорганизације привредних друштава путем статусних промена, прихваћено је да та парцијална имовина са обавезама овде, такође, прелази на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије, а не према правилима о сингуларној сукцесији. Другим речима, код поделе и издвајања део имовине и обавеза друштва преносиоца се преноси на друштво стицаоца као целина, *ипо actu*, по сили закона, у тренутку регистрације статусне промене, и то на основу усвојеног плана поделе, односно закљученог уговора о статусној промени.<sup>50</sup> Ова врста универзалне сукцесије је у упоредноправној теорији названа „парцијална (делимична)“, како би се разликовала од потпуне.<sup>51</sup>

Из изложеног произлази да се идеја парцијалне универзалне сукцесије развила након проширења домена примене овог начина стицања на статусне промене поделе и издвајања.<sup>52</sup> Пре тога, парцијална универзална сукцесија је била незамислива, јер се посматрала као појам који је сам по себи контрадикторан (*contradictio in terminis*).<sup>53</sup> Тада се постављало питање како нешто што је универзално (потпуно, свеобухватно) може истовремено да буде парцијално (делимично). Иако је јасно да је то немогуће, наведена нелогичност ипак почива на погрешној полазној премиси да је универзална сукцесија увек потпуна. Насупрот томе, каснији развој правне науке је показао да потпуност у смислу преноса целокупне имовине и свих обавеза преносиоца није битан елемент појма универзалне сукцесије<sup>54</sup> јер она представља посебан начин стицања одређеног скупа права и обавеза као целине, који се изричито прописује законом као изузетак од начела сингуларне сукцесије.<sup>55</sup> Када се схвати као олакшани начин располагања правима и обавезама *en bloc*, јасно је да за појам универзалне сукцесије не треба да буде релевантно да ли целина права и обавеза обухвата целокупну имовину и све обавезе преносиоца или само њен одређени део. Уз то, за дејства парцијалне

<sup>49</sup> Притом, код статусне промене издвајања друштво преносилац наставља да постоји са преосталом имовином и обавезама, које нису пренете на друштво стицаоца.

<sup>50</sup> Bernd Sagasser, Claudia Bultmann, „§ 18. Spaltungsrechtliche Regelungen“, *Umwandlungen: Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung* (Hrsg. B. Sagasser, T. Bula, T. R. Brünger), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011, Rn. 49; H. Stingl, 10.

<sup>51</sup> B. Sagasser, C. Bultmann, Rn. 49; H. Stingl, 10.

<sup>52</sup> У немачком праву је до прихватања парцијалне универзалне сукцесије дошло тек средином XX века. Вид. J. W. Flume, 67 и 76.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 77.

<sup>54</sup> S. Schröcker, 41 и 42.

<sup>55</sup> M. Frost, 133.

универзалне сукцесије не треба да буде од значаја ни питање шта се дешава са преосталом имовином преносиоца, која њоме није обухваћена – да ли се она преноси на друга друштва стицаоце као код статусне промене поделе или остаје код преносиоца као код статусне промене издвајања.<sup>56</sup> Најзад, за ефекте парцијалне универзалне сукцесије не сме да буде битно ни да ли друштво преносилац након спроведене статусне промене престаје или наставља да постоји.<sup>57</sup>

Закључује се да парцијална универзална сукцесија по својој суштини и дејствима треба да буде изједначена са потпуном универзалном сукцесијом. Поједини аутори у том смислу истичу да она није „универзална сукцесија другог реда“, него само „предметно ограничена универзална сукцесија“.<sup>58</sup> Међутим, чињеница је да парцијална универзална сукцесија показује одређене особености, због којих данас још увек постоје резерве у правнодогматском прихватању њених пуних ефеката.<sup>59</sup> Кључна особеност се огледа у томе што парцијална универзална сукцесија у великој мери зависи од воље друштва која учествују у сукцесији, за разлику од потпуне универзалне сукцесије, чија свеобухватност искључује могућност да учесници у статусној промени моделирају границе њене примене. Насупрот томе, код парцијалне универзалне сукцесије управо од воље друштва преносиоца изражене у плану поделе зависи који ће део имовине и обавеза као целина бити пренет на одређено друштво стицаоца. Притом је друштво преносилац начелно слободно да по сопственом нахођењу расподели права и обавезе у плану поделе.<sup>60</sup> Стога, оно може друштву стицаоцу планом поделе да расподели конкретну обавезу чак и одвојено од имовинских добара која су повезана са том обавезом.<sup>61</sup>

Одатле следи да је израда плана поделе, а самим тим и обухват парцијалне универзалне сукцесије, подвргнута начелу аутономије воље друштва преносиоца које пролази кроз статусну промену поделе или издвајања. Додуше, аутономија воље је овде ограничена

<sup>56</sup> *Ibid.*, 134.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 126.

<sup>58</sup> A. Teichmann, 398; M. Frost, 125; B. Sagasser, C. Bultmann, Rn. 26; упор. J. W. Flume, 77, који парцијалну универзалну сукцесију описује као „пунокрвну“ универзалну сукцесију.

<sup>59</sup> J. W. Flume, 76.

<sup>60</sup> B. Sagasser, C. Bultmann, Rn. 50; M. Frost, 127; J. W. Flume, 76.

<sup>61</sup> M. Heidenhain (1995b), 2876; Günter Seulen, „§ 133 Schutz der Gläubiger und der Inhaber von Sonderrechten“ *Umwandlungsgesetz* (Hrsg. Johannes Semler, Arndt Stengel), 4. Auflage, C. H. Beck, München 2017, Rn. 1. Тако је, на пример, допуштено и могуће да друштво преносилац у плану поделе на једно друштво стицаоца пренесе одређену непокретност, а на друго друштво стицаоца обавезу њене предаје по основу закљученог уговора о продаји те непокретности. Вид. V. Rieble, 312; упор. G. Seulen, Rn. 34.

непреносивошћу одређених права и обавеза<sup>62</sup> и основним начелима облигационог права, попут начела злоупотребе права и начела савесности и поштења. Осим тога, одредбе плана поделе су ништаве ако су супротне добрим обичајима, што ће бити случај увек када друштво преносилац намерно расподељује имовину и припадајуће обавезе различитим друштвима стицаоцима са циљем изигравања поверилаца.<sup>63</sup> Ипак, изван наведених изузетних ситуација, воља друштва преносиоца одређује круг права и обавеза, које ће бити пренете на друштво стицаоца парцијалном универзалном сукцесијом.

Осим начела аутономије воље, друга битна особеност парцијалне у односу на потпуну универзалну сукцесију огледа се у примени начела специјалности (одређености).<sup>64</sup> Ово начело је карактеристично за сингуларну сукцесију, у којој је појединачан пренос права, односно обавеза могућ само ако су та права или обавезе довољно одређене. За разлику од тога, начело специјалности се традиционално не примењује на потпуну универзалну сукцесију, будући да се она односи на целокупну имовину и све обавезе преносиоца, што је само по себи већ довољно одређено, без потребе за додатним појашњењима.<sup>65</sup> Међутим, код парцијалне универзалне сукцесије начело специјалности поново добија значај, будући да није могуће пренети део имовине и обавеза ако није одређено која права и које обавезе прелазе на друштво стицаоца.<sup>66</sup>

## 5. ПРАВНИ ОСНОВ УНИВЕРЗАЛНЕ СУКЦЕСИЈЕ – ЗАКОН ИЛИ ПРАВНИ ПОСАО

У савременој упоредноправној теорији спорно је да ли правни основ универзалне сукцесије представља закон или правни посао. То питање се није постављало у време када је универзална сукцесија примењивана само на статусне промене спајања и припајања. Под утицајем наследног права, тада се без дилеме сматрало да она има правни основ у самом закону.<sup>67</sup> Међутим, прихватање парцијалне универзалне сукцесије код статусних промена поделе и издвајања довело је до преиспитивања наведеног традиционалног става.

<sup>62</sup> Примера ради, хипотека и потраживање не могу да се преносе на различита друштва стицаоце у статусној промени. Вид. М. Heidenhain (1995b), 2877; V. Rieble, 310.

<sup>63</sup> Упор. V. Rieble, 312 и 313.

<sup>64</sup> B. Sagasser, C. Bultmann, Rn. 26.

<sup>65</sup> M. Frost, 131.

<sup>66</sup> Упор. М. Heidenhain (1995b), 2876; M. Frost, 131.

<sup>67</sup> V. Rieble, 303; M. Frost, 104.



Данас велики број аутора заступа схватање да је правни основ универзалне сукцесије правни посао, и то уговор о статусној промени или план поделе.<sup>68</sup> Основни аргумент који се истиче у прилог том становишту јесте да универзална сукцесија пре свега зависи од воље учествујућих друштава.<sup>69</sup> Та друштва одређују да ли ће уопште доћи до статусне промене, па тако и до универзалне сукцесије.<sup>70</sup> Осим тога, код статусне промене поделе, односно издвајања, друштво преносилац утврђује обим преноса права и обавеза путем парцијалне универзалне сукцесије, будући да у плану поделе наводи која тачно права и које обавезе прелазе на одређено друштво стицаоца.<sup>71</sup> С обзиром на то да је универзална сукцесија у тој мери зависна од воље привредних друштава која учествују у статусној промени, закључује се да њен правни основ лежи у самом уговору о статусној промени, односно плану поделе.

Пошто за наступање дејстава универзалне сукцесије није довољно да постоји уговор о статусној промени или план поделе већ је неопходно да буду испуњене и бројне друге претпоставке, заједно са регистрацијом као круном поступка статусне промене, заговорници тог схватања у томе виде само ограничење слободе уговарања и ништа више.<sup>72</sup> Дакле, уговор о статусној промени (план поделе) сматра се правним основом универзалне сукцесије, без обзира на то што је за његову пуноважност, односно наступање правних дејстава нужно да након спровођења прописаног поступка дође до уписа статусне промене у регистар.<sup>73</sup>

Иако изложено модерно схватање има одређену логику, ипак се чини да снажнији аргументи говоре у прилог традиционалном схватању правног основа универзалне сукцесије. Према традиционалном схватању, универзална сукцесија код статусних промена заснива се на самом закону. Отуда се она означава као законска универзална сукцесија. Наведено становиште се правда следећим аргументима. Прво, нужно је да универзална сукцесија код статусних промена буде изричито прописана законом јер ће се у супротном имовина и обавезе преносити према правилима о сингуларној сукцесији.<sup>74</sup> Поменута чињеница указује на то да је закон непосредан правни основ универзалне сукцесије у ситуацији статусних промена. Друго, правна дејства универзалне сукцесије прописана су импера-

<sup>68</sup> V. Rieble, 303; M. Heidenhain (1995b), 2873; M. Frost, 105; S. Schröcker, 39.

<sup>69</sup> B. Sagasser, C. Bultmann, Rn. 26; S. Schröcker, 40; M. Frost, 105.

<sup>70</sup> S. Schröcker, 40.

<sup>71</sup> V. Rieble, 303; S. Schröcker, 40.

<sup>72</sup> M. Frost, 105.

<sup>73</sup> J. W. Flume, 81; S. Schröcker, 40.

<sup>74</sup> H. Stingl, 3; M. Frost, 139; S. Schröcker, 39.

тивним законским правилима, па привредна друштва која учествују у сукцесији немају слободу да од њих одступе уговором или планом поделе.<sup>75</sup> Другим речима, пренос имовине и обавеза као целине путем универзалне сукцесије у одређеном тренутку наступа аутоматски, тј. принудно, и не може да се избегне. Штавише, када универзална сукцесија наступи, она више не може да се опозове, откаже или врати у пређашње стање, чак и када би то привредна друштва која су учествовала у статусној промени желела.<sup>76</sup>

Треће, услед непримене правила о појединачном преносу права и обавеза, универзална сукцесија битно задире у права трећих лица (на пример, поверилаца друштва преносиоца). Тако значајан изузетак од општих грађанскоправних правила којима су трећа лица заштићена у случају преноса права, обавеза или уговора са друштва преносиоца на друштво стицаоца, може да буде утемељен само у закону као правном основу.<sup>77</sup> Коначно, четврто, чињеница да воља учествујућих друштава значајно утиче на универзалну сукцесију није довољна да би се сматрало да је правни посао њен правни основ. Чак и у наследном праву оставиочева воља може да буде одлучујућа код одређивања наследника, а воља наследника код прихватања заоставштине, али то ипак не доводи у питање законски карактер универзалне сукцесије.<sup>78</sup> Закључује се да је универзална сукцесија код статусних промена заснована директно на закону као правном основу, без обзира на то што се наступање њених дејстава иницира вољом привредних друштава која учествују у статусној промени.<sup>79</sup>

## 6. РЕГУЛАТИВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СРБИЈИ

Имајући у виду да универзална сукцесија представља изузетак који значајно одступа од начелне примене општих грађанскоправних правила о преносу, односно начину стицања права и обавеза<sup>80</sup>, јасно је да она мора да буде изричито прописана законом.<sup>81</sup> Штавише, у складу са максимумом да изузетке треба уско тумачити (*singularia*

<sup>75</sup> Упор. К. Muscheler, 51; S. Schröcker, 40; M. Frost, 104 и 112. Супротно вид. Т. Јевремовић Петровић, 309, према којој пренос одређених права и обавеза у случају спајања може да буде искључен изричитим уговарањем у оквиру уговора о спајању.

<sup>76</sup> M. Frost, 119.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 113 и 139.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 116.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 118.

<sup>80</sup> H. Stingl, 2.

<sup>81</sup> S. Schröcker, 39; H. Stingl, 3.

*non sunt extendenda*), законска правила о универзалној сукцесији не смеју да се по аналогији проширију на друге случајеве, који њима нису изричито обухваћени. Према томе, у недостатку изричитог законског правила, које предвиђа универзалну сукцесију као посебан начин стицања, пренос ће се одвијати према општим правилима за дату врсту права или обавезе. Из тог разлога је важно да закон који уређује статусне промене изричито пропише универзалну сукцесију као механизам преноса имовине и обавеза са друштва преносиоца на друштво стицаоца јер у супротном такав пренос мора да се врши у складу са правилима о сингуларној сукцесији.

У праву Европске уније су статусне промене уређене Директивом (ЕУ) 2017/1132 о одређеним аспектима компанијског права (у даљем тексту: Директива),<sup>82</sup> која је у том смислу у потпуности преузела одредбе ранијих директива о домаћим спајањима и припајањима<sup>83</sup>, о прекограничним спајањима и припајањима<sup>84</sup> и о домаћим поделанама и издвајањима.<sup>85</sup> Важећа Директива, додуше, ни у једном члану не помиње изричито универзалну сукцесију као последицу статусне промене. Ипак, у упоредноправној теорији је неспорно да из начина уређења тог питања у Директиви произлази да она прихвата универзалну сукцесију као механизам преноса, односно стицања имовине и обавеза у случају статусних промена.<sup>86</sup> Према релевантним одредбама Директиве, нужна последица сваке статусне промене огледа се у преносу имовине и обавеза са друштва преносиоца на друштво стицаоца по сили закона у тренутку наступања правних дејстава дате статусне промене.<sup>87</sup> Иако то није изричито наведено, јасно је да су таквим правилом заправо уређене основне карактеристике универзалне сукцесије као посебног начина преноса имовине и обавеза.

<sup>82</sup> Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law – Company Law Directive, *Official Journal L* 169, 30. 6. 2017, 46127.

<sup>83</sup> Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, *Official Journal L* 110, 29. 4. 2011, 1–11.

<sup>84</sup> Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, *Official Journal L* 310, 25. 11. 2005, 1–9.

<sup>85</sup> Sixth Council Directive of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies (82/891/EEC), *Official Journal L* 378, 31. 12. 1982, 47.

<sup>86</sup> М. Heidenhain (1995a), 328 и 329. О тумачењу раније важеће Треће директиве у том смислу вид. Т. Јевремовић Петровић, 310.

<sup>87</sup> Company Law Directive, Art. 105(1)(a) – за национална припајања, 109(1) – сходна примена за национална спајања, 131(1)(a) – за прекогранична спајања и припајања, 151(1)(a) – за националне поделе, Art. 159 – сходна примена за национална издвајања.

У праву Србије статусне промене су уређене Законом о привредним друштвима из 2011. године.<sup>88</sup> У том закону се, такође, термин „универзална сукцесија“ не користи изричито, али се уређују правне последице статусне промене на имовину и обавезе друштва преносиоца, чија дејства заправо представљају суштину универзалне сукцесије. Према том правилу, на дан регистрације статусне промене „имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе“.<sup>89</sup> Без обзира на то што законодавац није посебно нагласио, подразумева се да до наведеног преласка имовине и обавеза као целине долази *ipso iure* у прописаном тренутку. Из тога се закључује да и српско право прихвата универзалну сукцесију као начин преноса имовине и обавеза код свих статусних промена. Осим тога, чињеница да је универзална сукцесија прихваћена и у праву Еврпске уније, које је у том погледу Законом о привредним друштвима имплементирано у српско право, представља додатни аргумент у прилог наведеном закључку. Коначно, чак и у српској правној теорији важећа законска решења се тумаче као опредељење за универзалну сукцесију као начин преноса имовине и обавеза са друштва преносиоца на друштво стицаоца.<sup>90</sup>

## 7. ИЗУЗЕЦИ ОД ПРЕНОСА ИМОВИНЕ И ОБАВЕЗА ПУТЕМ УНИВЕРЗАЛНЕ СУКЦЕСИЈЕ

### 7.1. Непреносивост одређених права и обавеза као изузетак од универзалне сукцесије

Универзална сукцесија је у начелу свеобухватна јер доводи до преноса свих права и обавеза које према уговору о статусној промени или плану поделе треба да пређу са друштва преносиоца на друштво стицаоца. Међутим, од наведеног начелног правила постоје бројни изузеци који проистичу из чињенице да одређена права и обавезе не могу да се преносе са једног лица на друго.<sup>91</sup> С обзиром на то да непреносивост права или обавеза представља изузетак од

<sup>88</sup> Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015.

<sup>89</sup> ЗПД, чл. 505, ст. 1, тач. 1.

<sup>90</sup> Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 10. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 518. За раније српско право у погледу припајања вид. Небојша Јовановић, „Припајање акционарских друштава“, *Право и привреда* 11–12/99, 23; Небојша Јовановић, „Посебни случајеви припајања акционарских друштава“, *Право и привреда* 5–8/99, 112 и 116.

<sup>91</sup> Н. Stingl, 14; М. Heidenhain (1995a), 329.

начелне свеобухватности универзалне сукцесије<sup>92</sup>, она мора да буде недвосмислено утврђена у конкретном случају. Притом се сматра да је право или обавеза непреносива у смислу изузетка од универзалне сукцесије, када је то законом прописано или произлази из сврхе да-тог права, односно обавезе, и смисла евентуалног споразума на коме се оно заснива.<sup>93</sup>

Треба имати у виду да законско правило о непреносивости или ограничењу преносивости одређеног права или обавезе не мора нужно да буде применљиво на случај преноса тог права или обавезе путем универзалне сукцесије.<sup>94</sup> Наиме, бројна законска правила у том смислу имају циљ да уреде једино пренос који се врши правним послом по правилима сингуларне сукцесије. Таква правила свакако не важе за универзалну сукцесију, те не могу да спрече пренос права или обавезе по сили закона са друштва преносиоца на друштво стицаоца у статусној промени. Стога се на универзалну сукцесију, примера ради, не примењује правило о забрани преноса обавезе (преузимања дуга) без сагласности повериоца.<sup>95</sup> Ипак, имајући у виду да законодавац најчешће не уређује јасно и недвосмислено на који вид преноса се правило о непреносивости односи, у вези са тим и даље постоје спорења у правној теорији и пракси. Услед недовољне развијености правне теорије статусних промена у том смислу може да буде корисно ослањање на тумачење питања ненаследивости одређених права и обавеза у наследном праву.

Приликом анализе да ли је одређено право, односно обавеза, преносиво или не, треба водити рачуна о томе да је универзална сукцесија управо и предвиђена законом да би се што више олакшао, поједноставио и убрзао поступак реорганизације путем статусне промене.<sup>96</sup> Из тог разлога, непреносивост као изузетак од универзалне сукцесије овде треба примењивати само у нарочито оправданим ситуацијама, када би пренос конкретног права, односно обавезе довео до несразмерног задирања у права или правни положај трећих лица.<sup>97</sup> Отуда, у случају сумње да ли је одређено право или обавеза преносива путем универзалне сукцесије треба сматрати да јесте – *in dubio pro* преносивости.<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Упор. К. Muscheler, 6.

<sup>93</sup> Упор. S. Schröcker, 45; К. Muscheler, 6.

<sup>94</sup> S. Schröcker, 45.

<sup>95</sup> ЗОО, чл. 446.

<sup>96</sup> Упор. V. Rieble, 302; M. Frost, 141.

<sup>97</sup> S. Schröcker, 60.

<sup>98</sup> *Ibid.*, 49; упор. К. Muscheler, 6.

## 7.2. Анализа (не)преносивости на конкретним примерима

У упоредноправној теорији се питање преносивости путем универзалне сукцесије разматра у вези са бројним конкретним примерима права и обавеза. У том погледу је данас неспорно да се својство странке у парничном поступку преноси са друштва преносиоца на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије.<sup>99</sup> Такво решење омогућава континуитет на нивоу поступка, па друштво стицалац једино треба да обавести суд о чињеници правног следбеништва. Исто важи и за права чији пуноважан пренос иначе зависи од (конститутивног) уписа у одговарајући регистар (на пример, право својине на непокретности, право на патент, право на жиг и сл.). У упоредном праву се сматра да та права, такође, прелазе на друштво стицаоца директно путем универзалне сукцесије (тзв. ванкњижно стицање права), а то друштво једино треба да обавести регистар о чињеници да је наступило правно следбеништво.<sup>100</sup> Према томе, упис у регистар је овде деклараторног карактера.

Насупрот томе, одређена права нису преносива универзалном сукцесијом код статусних промена. Када је за пуноважан пренос одређеног права неопходна државна дозвола (одобрење), у упоредном праву се сматра да такво ограничење преносивости важи и за универзалну сукцесију.<sup>101</sup> Стога, у недостатку одговарајуће јавноправне сагласности, дато право не може да пређе на друштво стицаоца у статусној промени. Такав је случај и са пословним именом (фирмом) друштва преносиоца, које услед статусне промене не прелази аутоматски на друштво стицаоца.<sup>102</sup> Под исти режим потпадају и функције у органима друштва преносиоца, будући да оне након спровођења статусне промене престају и не преносе се на друштво стицаоца.<sup>103</sup> Ипак, треба нагласити да поменути изузетак од принципа преносивости не важи и за уговоре које су та лица закључила са друштвом преносиоцем (на пример, уговор о раду, уговор о делу), захваљујући чему ти уговори прелазе на друштво стицаоца.<sup>104</sup>

Непреносивост путем универзалне сукцесије је неспорно прихваћена и код свих осталих строго личних права и обавеза.<sup>105</sup> Реч је о правима и обавезама које су у тој мери везане за личност друштва

<sup>99</sup> Н. Stingl, 14; М. Frost, 220.

<sup>100</sup> S. Schröcker, 49.

<sup>101</sup> А. Teichmann, 406; М. Heidenhain (1995a), 329.

<sup>102</sup> Н. Stingl, 15; упор. Т. Јевремовић Петровић, 309. Пренос пословног имена је овде могућ, али не наступа аутоматски. Вид. ЗПД, чл. 26, ст. 1.

<sup>103</sup> Н. Stingl, 17.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> V. Rieble, 302; М. Frost, 198.

преносиоца да би њихов пренос на друштво стицаоца довео до измене саме суштине, тј. садржине права, односно обавезе.<sup>106</sup> Посматрано из угла статусних промена, да би се неко право или обавеза третирано као строго лично, треба утврдити да је интензитет његове повезаности са дотадашњим носиоцем предузећа већи и важнији од потребе за обезбеђењем континуитета путем преноса на друштво стицаоца.<sup>107</sup> Чињеница је да у трговинским односима има мало примера таквих строго личних права и обавеза, будући да се правни односи једног привредног друштва са трећим лицима пре свега заснивају на квалитету и капацитету његовог предузећа, а не на личним својствима носиоца предузећа.<sup>108</sup> Из тог разлога се сматра да чак и пуномоћја и остали налози начелно прелазе на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије, независно од тога да ли оно тиме стиче улогу налогодавца или налогопримца.<sup>109</sup> Изузетно, пуномоћја и остали налози ће бити непреносиви само ако су уговорени на темељу посебног односа поверења са друштвом преносиоцем или ако налог може да изврши само једно одређено лице.<sup>110</sup>

Код статусних промена, због потребе за обезбеђењем континуитета предузећа, може да буде изразито значајно питање судбине јавноправних дозвола и других јавних права чији је ималац друштво преносилац. Другим речима, да ли јавна права универзалном сукцесијом прелазе са друштва преносиоца на друштво стицаоца? У том погледу се у упоредноправној теорији прави разлика између јавних права која су везана за одређену ствар (имовинско право) и јавних права која су везана за одређено лице. У првом наведеном случају, јавно право се преноси на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије заједно са имовинским правом на које се односи (на пример, грађевинска дозвола).<sup>111</sup> У другом наведеном случају, јавно право зависи од личних карактеристика друштва преносиоца, због чега не може да се пренесе на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије.<sup>112</sup>

У упоредном праву се посебно разматра питање да ли путем универзалне сукцесије на друштво стицаоца могу да пређу уделе друштва преносиоца у неком ортачком друштву.<sup>113</sup> Иста дилема

<sup>106</sup> М. Frost, 198.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 200.

<sup>108</sup> Упор. V. Rieble, 305; M. Frost, 202.

<sup>109</sup> H. Stingl, 17.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> M. Frost, 223; H. Stingl, 20.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> V. Rieble, 307.

постоји и у вези са преносом удела комплементара у командитном друштву.<sup>114</sup> Основни разлог за недоумице у погледу преносивости се састоји у чињеници да су удели ортака, односно комплементара изразито везани за личност имаоца. Отуда, њихова наглашена лична природа представља главни аргумент у прилог непреносивости путем универзалне сукцесије. Упркос томе, у упоредном праву преовлађује супротно тумачење, у складу са којим се удели ортака, односно комплементара ипак преносе на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије, али такав пренос може да представља разлог за престанак ортакког (или командитног) друштва.<sup>115</sup> Чини се да у српском праву наведено питање треба решавати применом аналогије са правилом о настављању друштва са наследницима преминулог ортака. Имајући у виду да законодавац свој став према преносивости путем универзалне сукцесије најчешће изражава регулацијом наследивости одређених права и обавеза, правила о наследивости удела у ортакком друштву се по аналогији могу применити и на ситуацију универзалне сукцесије услед статусне промене. Сходно томе, удео друштва преносиоца у ортакком или командитном друштву не прелази на друштво стицаоца, већ се распоређује сразмерно на преостале ортаке, односно комплементаре, ако уговором о оснивању није одређено да ортакко (или командитно) друштво наставља да послује са универзалним правним следбеницима преосталог ортака (или комплементара).<sup>116</sup>

Коначно, када је реч о уделима, односно акцијама у друштвима капитала, поставља се питање да ли њихова евентуална винкулација претходном сагласношћу друштва представља препреку за пренос са друштва преносиоца на друштво стицаоца путем универзалне сукцесије због статусне промене.<sup>117</sup> У том погледу преовлађује мишљење да је винкулација удела, односно акција искључиво усмерена ка ограничавању њиховог преноса правним послом.<sup>118</sup> Стога, без обзира на винкулацију, пренос удела, односно акција на основу самог закона, као код законске универзалне сукцесије услед статусне промене, није ограничен условом претходне сагласности друштва у коме се ти удели или акције стичу.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> За разлику од тога, удели командитора се неспорно сматрају преносивим универзалном сукцесијом код статусних промена. Вид. М. Frost, 165 и 166.

<sup>115</sup> Упор. V. Rieble, 307.

<sup>116</sup> ЗПД, чл. 119, ст. 1. Исто правило се сходно примењује и на командитна друштва. Вид. ЗПД, чл. 138.

<sup>117</sup> Н. Stingl, 17 и даље.

<sup>118</sup> М. Frost, 184.

<sup>119</sup> V. Rieble, 307; Н. Stingl, 18; упор. ЗПД, чл. 167, ст. 1.



### 7.3. Изузеци од универзалне сукцесије у праву Европске уније и праву Србије

Изузеци од преноса имовине и обавеза путем универзалне сукцесије код статусних промена нису детаљно регулисани у праву Европске уније ни у праву Србије. Директива о компанијском праву садржи само једно опште правило у складу са којим је дозвољено да државе чланице у својим националним правима предвиде ограничења преноса одређених права и обавеза. Према том правилу, државе чланице могу да захтевају обављање посебних формалности како би прелазак права или обавезе са друштва преносиоца на друштво стицаоца производио правна дејства према трећим лицима. Пример поменутих формалности би могао да буде упис промене имаоца права у јавне књиге (регистар). Уз то, Директива изричито уређује питање који учесник у статусној промени има право да обави прописане формалности. Начелно, такво право се даје друштву стицаоцу, што значи да оно универзалном сукцесијом у материјалноправном смислу стиче одређено право друштва преносиоца, због чега му се допушта да у своје име поднесе и захтев за формалноправно стицање. Међутим, државе чланице могу да дозволе друштву преносиоцу да и након спроведене статусне промене настави да обавља прописане формалности за пренос појединих права и обавеза у периоду који не може бити дужи од шест месеци од момента наступања правних дејстава статусне промене.<sup>120</sup> Наведена опција није предвиђена у случају прекограничних спајања и припајања.<sup>121</sup>

У српском Закону о привредним друштвима изричито је прописан један начелан изузетак од принципа свеобухватности универзалне сукцесије. Према том правилу, пренос ствари и права који је „условљен уписом у јавне књиге, односно прибављањем одређених сагласности или одобрења... врши се тим уписом... односно прибављањем тих сагласности или одобрења“.<sup>122</sup> Цитирана одредба је непотпуна и непрецизна, што ствара потребу за њеним правилним тумачењем. Прво, из употребљене формулације наизглед произлази да је законодавац желео да да примат конститутивном карактеру уписа у јавне књиге у односу на преносивост путем универзалне сукцесије. Међутим, када би се поменути одредба тако схватила, то би значило да ствар или право које се уписује у јавне књиге остаје без свог имаоца од момента наступања дејстава статусне промене, када друштво преносилац престаје, до момента уписа друштва стицаоца. То је правно недопустива ситуација, због чега треба сматрати да је намера законодавца била да уреди упис у јавне књиге само као

<sup>120</sup> Company Law Directive, Art. 105(3), Art. 151(3).

<sup>121</sup> Company Law Directive, Art. 131(3).

<sup>122</sup> ЗПД, чл. 505, ст. 2.

услов пуноважности преноса права у односу на трећа лица. Према томе, ствар или право прелазе на друштво стицаоца већ у моменту спровођења статусне промене – тада оно постаје њихов нови ималац у материјалноправном смислу, а упис у јавне књиге је неопходан да би то право могло и да истиче према свим трећим лицима.

Друго, српски законодавац није изричито уредио питање које друштво (преносилац или стицалац) може да захтева упис у јавне књиге у горенаведеном смислу. Ипак, из чињенице да се тај упис врши након што статусна промена произведе пуна правна дејства произлази да у највећем броју статусних промена то једино може да учини друштво стицалац, будући да друштво преносилац престаје да постоји. Спорно је, међутим, како треба уредити то питање када друштво преносилац услед статусне промене не престаје да постоји, као што је случај са издвајањем. Чини се да би и тада, имајући у виду потребу тумачења правила у складу са директивом која је њима имплементирана, требало сматрати да друштво стицалац има право да захтева упис. Ипак, да би се избегле недоумице, било би боље да законодавац *de lege ferenda* то питање изричито регулише.

Треће, законодавац је као изузетак од универзалне сукцесије предвидео и недовољно одређени појам прописаних обавезних сагласности са преносом. С обзиром на то да се према Закону о привредним друштвима пренос на друштво стицаоца врши тек када се прибави прописана сагласност (или одобрење), поставља се питање да ли су тиме обухваћене све врсте сагласности – како јавноправне, тако и приватноправне. Нажалост, строго језичко тумачење упућује управо на такво широко схватање појма сагласности са преносом. Међутим, то би значило да чак и обавезна сагласност саговорача са уступањем уговора, која је Законом о облигационим односима прописана као услов за пуноважност преноса уговорног односа<sup>123</sup>, мора да буде прибављена да би на друштво стицаоца услед статусне промене могао да пређе одређени уговор друштва преносиоца.<sup>124</sup> Имајући у виду детаљну анализу сврхе и смисла универзалне сукцесије у овом раду, јасно је да се наведено широко тумачење не може прихватити. Напротив, у складу са максимумом да изузетке треба уско тумачити, треба сматрати да је законодавац овде мислио само на обавезне јавноправне сагласности са преносом. У супротном би се успех статусне промене учинио зависним од воље поверилаца друштва преносиоца, што засигурно није била намера законодавца јер је директно супротно сврси и смислу регулисања универзалне сукцесије и владајућем приступу на нивоу Европске уније.

<sup>123</sup> ЗОО, чл. 145, ст. 1.

<sup>124</sup> Исто важи и за обавезну сагласност повериоца са преузимањем дуга, која је прописана Законом о облигационим односима као услов за пуноважност преноса обавезе. Вид. ЗОО, чл. 446, ст. 1.

## 8. СУДБИНА ЗАБОРАВЉЕНИХ ДЕЛОВА ИМОВИНЕ И ОБАВЕЗА

За разлику од потпуне универзалне сукцесије, код које целокупна имовина и сва, како позната, тако и непозната, односно заборављена права и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стикаоца, код парцијалне универзалне сукцесије долази до преноса само дела имовине и дела обавеза на друштво стикаоца, и то према правилима закљученог уговора о статусној промени, односно усвојеног плана поделе. Из тог разлога, овде након спровођења статусне промене могу да се појаве права и обавезе за које се у моменту израде уговора, односно плана поделе није знало или које су случајно изостављене (тзв. заборављена права и обавезе).<sup>125</sup> Имајући у виду да је за расподелу имовине и обавеза код парцијалне универзалне сукцесије превасходно меродаван уговор о статусној промени, односно план поделе, на првом месту треба покушати са његовим тумачењем, како би се закључило да ли, односно на које друштво стикаоца конкретно право или обавеза треба да пређе у складу са прећутном вољом друштва преносиоца.<sup>126</sup>

У ситуацији када није могуће утврдити прећутну вољу друштва преносиоца, те пронаћи имплицитан одговор на ово питање, пожељно је да се у уговору, односно плану поделе на општи начин уреди питање судбине свих права и обавеза које нису изричито расподељене друштвима стикаоцима.<sup>127</sup> У недостатку такве опште одредбе, овај проблем је неопходно регулисати посебним правилима компанијског права. Изузетно, код статусне промене издвајања није потребно никакво посебно законско правило о судбини тзв. заборављених права и обавеза. Разлог се огледа у чињеници да друштво преносилац код издвајања не преноси сву своју имовину и обавезе на друштва стикаоце, већ само онај део имовине и обавеза који је обухваћен уговором, односно планом поделе.<sup>128</sup> Стога се права

<sup>125</sup> M. Heidenhain (1995b), 2878; G. Seulen, Rn. 37; A. Teichmann, 414; упор. V. Rieble, 303; Karsten Schmidt, „Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen – Zum Referententwurf eines Umwandlungsgesetzes“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – ZGR* 1993, 387. Такав је случај најчешће са вануговорним обавезама, попут обавеза из проузроковања штете (на пример, обавеза по основу одговорности произвођача за недостатке производа или обавеза накнаде еколошке штете).

<sup>126</sup> G. Seulen, Rn. 37; упор. K. Schmidt, 386.

<sup>127</sup> M. Heidenhain (1995b), 2878; Frank Wardenbach, „UmwG § 133 – Schutz der Gläubiger und der Inhaber von Sonderrechten“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. M. Henssler, L. Strohn), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016, Rn. 6; Robert Kleba, „Die grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften aus deutscher Sicht“, *Rheinische Notar-Zeitschrift – RNotZ* 2016, 279.

<sup>128</sup> G. Seulen, Rn. 37.

и обавезе које нису обухваћене уговором, односно планом поделе, не преносе на друштва стицаоце, већ остају код друштва преносиоца, будући да оно након спроведеног издвајања не престаје да постоји.

У случају поделе привредног друштва компанијски закони посебним правилима уређују питање судбине заборављене имовине и обавеза. Основни разлог за регулативу овог проблема се огледа у потреби да се избегне поступак ликвидације привредног друштва,<sup>129</sup> који би био неопходан када нека права или обавезе друштва преносиоца не би биле пренете на друштва стицаоце. Отуда, на нивоу Европске уније Директива прописује да имовина која није изричито или прећутно расподељена друштвима стицаоцима у плану поделе прелази на сва друштва стицаоце сразмерно њиховом уделу у нето имовини коју су стекли на основу спроведене статусне промене.<sup>130</sup> Исто правило је прописано и српским Законом о привредним друштвима.<sup>131</sup> Према томе, конкретно заборављено право стичу сва друштва стицаоци сразмерно. На тај начин се у погледу сваке поједине нерасподељене ствари између друштва стицалаца формира сувласничка заједница, док у погледу сваког другог права између њих настаје заједница слична сусвојини.<sup>132</sup> Стога се може рећи да заборављена имовина универзалном сукцесијом прелази на сва друштва стицаоце као заједницу. Што се тиче заборављених обавеза, Директива прописује да су сва друштва стицаоци примарно солидарно одговорни повериоцима за испуњење.<sup>133</sup> Притом, Директива изричито дозвољава државама чланицама да ову одговорност ограниче до висине вредности нето имовине која је пренета на свако поједино друштво стицаоца.<sup>134</sup> Искористивши дату опцију, српски Закон о привредним друштвима за овај случај предвиђа солидарну одговорност свих друштва стицалаца, ограничену до висине нето имовине која је пренета на конкретно друштво стицаоца.<sup>135</sup> Из тога се закључује да заборављене обавезе универзалном сукцесијом прелазе на сва друштва стицаоце као солидарне дужнике.

---

<sup>129</sup> M. Frost, 138.

<sup>130</sup> Company Law Directive, Art. 137(3); A. Teichmann, 414.

<sup>131</sup> ЗПД, чл. 506, ст. 1.

<sup>132</sup> Другим речима, друштва стицаоци те делове имовине стичу у аликвотним деловима. Упор. Д. Бурђевић, 36.

<sup>133</sup> Company Law Directive, Art. 137(3); A. Teichmann, 419.

<sup>134</sup> Company Law Directive, Art. 137(3).

<sup>135</sup> ЗПД, чл. 506, ст. 2.

## 9. ЗАКЉУЧАК

Универзална сукцесија представља значајан изузетак од општих правила грађанског права о начину стицања права и обавеза. Она код статусних промена омогућава прелазак имовине и обавеза као целине са друштва преносиоца на друштво стицаоца, те у том смислу битно олакшава и поједностављује овај поступак реорганизације. Упркос изразитом правном значају, универзална сукцесија код статусних промена до сада није била предмет озбиљније анализе у српској правној науци. Када се томе дода чињеница да и српски законодавац у Закону о привредним друштвима ово питање уређује на крајње сумаран, лаконски начин, потреба за његовим продубљеним истраживањем постаје још израженија.

На основу детаљне анализе пружене у раду могу да се изведу следећи закључци о правилном тумачењу законских одредаба које се тичу универзалне сукцесије код статусних промена:

- а) универзална сукцесија је посебан начин стицања права и обавеза као целине до кога долази у тренутку наступања правних дејстава статусне промене по сили закона;
- б) универзална сукцесија је изузетак од општих правила грађанског права о преносу сваког појединог права и обавезе, због чега се на њу не примењују правила сингуларне сукцесије којима се ограничава, односно отежава пренос, попут правила о обавезној сагласности повериоца са преузимањем дуга, правила о обавезној сагласности сауговарача са уступањем уговора и сл.;
- в) до преноса имовине и обавеза путем универзалне сукцесије долази код свих врста статусних промена – спајања, припајања, подела и издвајања;
- г) универзална сукцесија код подела и издвајања је специфична утолико што доводи до преноса само једног дела имовине и обавеза друштва преносиоца на одређено друштво стицаоца. Стога се она посебно означава као парцијална универзална сукцесија. Ипак, парцијална универзална сукцесија изазива исте правне последице као и потпуна универзална сукцесија, те доводи до аутоматског преноса целине права и обавеза по сили закона на друштво стицаоца, без потребе за применом општих правила о преносу сваког појединог права и обавезе;
- д) дејства универзалне сукцесије почивају на самом закону и императивно су уређена, тако да друштва која учествују у

статусној промени не могу од њих да одступе нити да их накнадно опозову, врате у пређашње стање и сл.;

- ђ) од преноса путем универзалне сукцесије код статусних промена постоје изузеци, који проистичу из чињенице да одређена права и обавезе не могу да се пренесу са једног субјекта на другог. Међутим, законом прописана ограничења преносивости најчешће су применљива само на пренос правним послом путем сингуларне сукцесије, али не и код универзалног правног следбеништва. Насупрот томе, када закон уређује ненаследивост одређеног права и обавезе, такво правило по аналогiji означава и непреносивост у смислу универзалне сукцесије.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Дудаш, А., „Схватања о каузи у домаћој цивилистици по усвајању Закона о облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012. (Dudaš, A., „Shvatanja o kauzi u domaćoj civilistici po usvajanju Zakona o obligacionim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2012)
- Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, 8. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Đurđević, D., *Institucije naslednog prava*, 8. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)
- Flume, J. W., *Vermögenstransfer und Haftung: Eine Studie zur Nutzbarmachung der Universalsukzession für die Unternehmenspraxis*, De Gruyter Recht, Berlin 2008.
- Frost, M., *Personengebundene Gesellschaftsanteile und Universalsukzession bei Umwandlungen*, Books on Demand, Hamburg 2016.
- Goudsmit, J. E., *The Pandects – A Treatise on Roman Law and upon Its Connection with Modern Legislation*, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey 2005.
- Heidenhain, M., „Fehlerhafte Umsetzung der Spaltungs-Richtlinie“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – EuZW* 11/1995.
- Heidenhain, M., „Spaltungsvertrag und Spaltungsplan“, *Neue Juristische Wochenschrift – NJW* 44/1995.
- Јевремовић Петровић, Т., *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Београд 2010. (Jevremović Petrović, T., *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, Beograd 2010)
- Јовановић, Н., „Посебни случајеви припајања акционарских друштава“, *Право и привреда* 5–8/99, 112–121. (Jovanović, N., „Posebni

- slučajevi pripajanja akcionarskih društava“, *Pravo i privreda* 5–8/99)
- Јовановић, Н., „Припајање акционарских друштава“, *Pravo u привреди* 11–12/99, 22–58. (Jovanović, N., „Pripajanje akcionarskih društava“, *Pravo i privreda* 11–12/99)
- Kleba, R., „Die grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften aus deutscher Sicht“, *Rheinische Notar-Zeitschrift – RNotZ* 2016.
- Müller, K. J., „Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz und Übergang von Verträgen mit Abtretungsbeschränkungen“, *Betriebs-Berater* 2000.
- Muscheler, K., *Universalsukzession und Vonselbsterwerb – Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Rieble, V., „Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP* 8/1997.
- Sagasser, B., Bultmann, C., „§ 18. Spaltungsrechtliche Regelungen“ *Umwandlungen: Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung* (Hrsg. B. Sagasser, T. Bula, T. R. Brünger), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011.
- Schmidt, K., „Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen – Zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – ZGR* 1993.
- Schröcker, S., *Datenschutz und Universalsukzession bei Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz*, Wiesbaden 2006.
- Seulen, G., „§ 133 Schutz der Gläubiger und der Inhaber von Sonderrechten“, *Umwandlungsgesetz* (Hrsg. J. Semler, A. Stengel), 4. Auflage, C. H. Beck, München 2017.
- Stingl, H., *Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht: Verschmelzung, Umwandlung, Spaltung, Anwachsung*, 1. Auflage, Linde Verlag, Wien 2016.
- Teichmann, A., „Die Spaltung von Rechtsträgern als Akt der Vermögensübertragung“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – ZGR* 1993.
- Васиљевић, М., *Компанијско право – Право привредних друштава*, 10. издање, Београд 2017. (Vasiljević, M., *Компанијско право – Право привредних друштава*, 10. izdanje, Beograd 2017)
- Wardenbach, F., „UmwG § 133 – Schutz der Gläubiger und der Inhaber von Sonderrechten“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. M. Henssler, L. Strohn), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016.

Mirjana Radović, PhD, Mag. iur., LL.M. (Humboldt)

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## UNIVERSAL SUCCESSION IN CASE OF MERGERS AND DIVISIONS

### *Summary*

This paper gives a detailed analysis of universal succession in case of mergers and divisions, including spinoffs. The first part of the paper focuses on defining the meaning of the term ‘universal succession’ and determining its main characteristics. Universal succession is understood as a specific way of acquiring assets and liabilities as a whole, which constitutes an exception to the general rules on transferring each particular right and obligation. Thereafter, the author examines regulatory reasons for prescribing universal succession and concludes that it facilitates and, hence, stimulates restructurings through mergers and divisions. The next part of the paper deals with the difference between full and partial universal succession, whereby the later is associated solely with divisions (including spinoffs) and rests upon a transfer of only a part of assets and liabilities from the company being divided to a particular recipient company. The last part of the paper concerns exceptions to the transfer of assets and liabilities based on universal succession, which derive from the fact that certain rights and obligations cannot be transferred from one subject to another. Finally, the author explains the problem and regulation of the so-called ‘forgotten assets and liabilities’, which have not been allocated by the draft terms of division. Theoretical considerations in this paper are used for proper interpretation of the current legal rules concerning universal succession in the European Union and Serbia, which are in this respect laconic and unclear.

Key words: *Universal and singular succession. – Mergers, divisions and spinoffs. – Partial universal succession. – Non-transferability of rights and obligations.*

Article history:

Received: 18. 12. 2017.

Accepted: 28. 2. 2018.



Др Ана Желчевић Диамел \*

## ПОРОДИЧНО ПРАВО У ФРАНЦУСКОЈ – ПРАВО У ПРЕОБРАЖАЈУ

*Породично право у Француској одраз је промена које се дешавају у француском друштву. Француско законодавство и судска пракса, под утицајем права Савета Европе и Европског суда са људска права, унели су нова решења у ту област, која се тичу и односа у брачној заједници и односа између родитеља и деце. Могу се запазити већи значај брачне слободe и нови, вансудски, споразумни развод. Право на поштовање приватног и породичног живота, предвиђено чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, доводи до нових врста породичних веза. Мада француско право не признаје сурогат материнство, дете које је рођено на основу споразума са сурогат мајком, под одређеним условима, може имати правне везе са родитељима и може бити усвојено.*

Кључне речи: *Брачна слобода. – Право на приватни и породични живот. – Вансудски споразумни развод. – Сурогат материнство. – Усвојење.*

Породично право је грана права у којој се кристалишу фундаменталне промене у друштву. Недавни догађаји у тој области француског права управо то показују. Те промене понекад имају симболичну вредност и превазилазе обичну нормативну промену<sup>1</sup>. Еволуција

\* Ауторка је доцент (*maître de conférences*) Правног факултета Универзитета *Paris Descartes Sorbonne Cité*, [ana.zelcevic-duhamel@parisdescartes.fr](mailto:ana.zelcevic-duhamel@parisdescartes.fr).

<sup>1</sup> Закон бр. 2016–1547 од 18. новембра 2016. године о модернизацији правосуђа XXI века увео је нови члан 61–5 Грађанског законика, према којем, „свака пунолетна или еманципована малолетна особа која докаже да податак о њеном полу у матичним књигама не одговара оном у ком се појављује или по ком је позната, тај пол може променити“. Француска судска пракса, пре тог закона, захтевала је спровођење хируршке интервенције као услов за стицање новог пола (*Cass. civ. I<sup>e</sup>*, од 7. јуна 2013, бр. 10–26.947 и 11–22.490, од 13. фебруара 2012, бр. 11–22.490).

породичног права није само плод деловања француског законодавца већ и судске праксе Касационог суда; такође се примећује све већи утицај права Савета Европе и одлука Европског суда за људска права. Промене које су се догодиле односе се и на брачни живот и на односе између родитеља и деце.

## 1. НОВИ ПАРОВИ, НОВИ РАЗВОДИ

Однос између двоје људи одраз је деликатне равнотеже између општих и личних интереса. Општи интерес, посебно као појам јавног поретка, дуго је имао примат над личним интересима. У последње време може се приметити да воља појединца, ојачана правом на поштовање приватног и породичног живота, које је загарантовано чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, добија све важнију улогу и у формирању правних заједница и у њиховом престанку.

### 1.1. Стварање правне заједнице двоје људи – „*liberté, liberté chérie*“

Породично право пролази кроз еволуцију која фаворизује индивидуалну слободу. Правне реформе у тој области<sup>2</sup> омогућиле су већу контрактуализацију живота у двоје, што је одраз менталитета многих људи нашег времена. Банализовање брачног односа и признавање различитих видова приватног и породичног живота довели су до слабљења услова за пуноважност правних облика заједничког живота. Истовремено, може се приметити и већа флексибилност у погледу њиховог престанка. Таква тенденција може се запазити када је реч о склапању брака јер се смањује број услова који су потребни за његову пуноважност<sup>3</sup>.

Брачна слобода, предвиђена Декларацијом о правима човека и грађана из 1789. године и Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године, такође је резултат члана 12 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, који гласи:

---

и 10–26.947). Промена пола сада се заснива на елементима социјалне и личне природе.

<sup>2</sup> Вид. Законе бр. 99–944 од 15. новембра 1999, бр. 2006–728 од 23. јуна 2006. и бр. 2009–1436 од 24. новембра 2009, у вези са француским Грађанским пактом солидарности (*le PACS*), Закон бр. 2013–404 од 17. маја 2013. о склапању брака између истополних особа и Закон бр. 2004–439 од 26. маја 2004. о реформи развода.

<sup>3</sup> Законом о разводу брака од 26. маја 2004. удовицама и разведеним женама укинут је период чекања од 300 дана пре склапања новог брака. Такође, Законом бр. 2007–1787 од 20. децембра 2007. о упрошћавању права укинута је обавеза лекарског прегледа будућих супружника.

„Мушкарци и жене имају право да се венчају и оснују породицу према националним законима који регулишу остваривање овог права.“<sup>4</sup> Уставни савет је признао уставну вредност брачне слободe.<sup>5</sup> Слично томе, Касациони суд је закључио да је брачна слобода од фундаменталног значаја.<sup>6</sup> Та слобода је, међутим, ограничена брачним сметњама.

Чланови 161 до 164 Грађанског законика регулишу сметње за склапање брака, чија је улога да се обезбеди морални аспект породичних односа, који одражавају друштвени морал. Брак је, између осталог, забрањен између крвних сродника у правој линији и између тазбинских сродника у првом степену праве линије. Председник Републике, међутим, има право да, из оправданих разлога, укине забрану склапања брака између тазбинских сродника када лице које је засновало тај однос премине. Те одредбе су део јавног поретка и њихово кршење повлачи за собом апсолутну ништавост брака.

Укидање брачних сметњи не проистиче само из воље француског законодавца већ и из судске праксе Европског суда за људска права. Што се тиче брака између снахе и свекра, Европски суд је донео одлуку да је забрана брака између тазбинских сродника неоправдана препрека брачној слободи.<sup>7</sup> Та пресуда је принудила француски Касациони суд да усвоји ново тумачење одредаба Грађанског законика о брачним сметњама.

Наиме, у једном случају у којем је судило прво веће Касационог суда<sup>8</sup>, укинута је одлука апелационог суда којом је поништен брак између снахе и свекра на основу члана 161 Грађанског законика. Касација је заснована на праву на поштовање приватног и породичног живота, које је загарантовано чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Проглашење ништавости брака од Апелационог суда, према пресуди Касационог суда, представља неосновано мешање у остваривање права на поштовање

<sup>4</sup> Pierre Murat, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article* (dir. L. Bourgoigne-Larsen, A. Levade, F. Picod), Bruylant, 2005, 332.

<sup>5</sup> У Одлуци од 13. августа 1993. (*JO 18 août 1993*) проглашава се да је слобода брака „једна од компоненти личне слободe“.

<sup>6</sup> Ради се о чувеној афери *Cours Saunte-Marthe*. Одлука Касационог суда од 19. маја 1978, *D.* 1978.541, *concl. Schmelck, note, Ph. Ardent*; *JCP* 1978, II, 19009, *note R. Lindon*. Вид. такође о ограничавајућој клаузули о слободи брака у националном праву неког друштва, *Cass. soc.*, 10. јун 1982, *JCP* 1984, II, 20230.

<sup>7</sup> *CEDH*, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/Royaume-Uni*; *Dr. fam* 2005, 234, *note A. Gouttenoire et M. Lamarche*; *RTD civ.* 2005, 735, *obs. J.-P. Marguénaud et* 758, *obs. J. Hauser*. Вид. такође, *CEDH*, 12 avr. 2012, n° 43547/08, *Stübing c/Allemagne*, *RTD civ.* 2012, 285, *obs. J.-P. Marguénaud*.

<sup>8</sup> *Cass. civ. I<sup>re</sup>*, 4 déc. 2013, n° 12–26.066, *D.* 2014, 153, *chron. H. Fulchiron*; *JCP* 2014, 93, *note M. Lamarche*.

приватног и породичног живота; брачна заједница, у том случају, трајала је више од двадесет година. Таква одлука представља победу чињеничног стања над правом. Касациони суд у тој пресуди прво подсећа да постоје одредбе које се односе на сметње за склапање брака које су императивне природе, а затим их „одстрањује“ у име права на поштовање приватног и породичног живота и одбија поништење брака.<sup>9</sup>

То решење треба сматрати изузетком у спровођењу одредбе која се односи на забрану склапања брака између тазбинских сродника. Одржавање забране, која и даље остаје правило, међутим, подлеже анализи која се спроводи на основу европског права. Примена правних одредаба о брачним сметњама, кроз призму права на поштовање приватног и породичног живота, може довести до непоштовања императивних законских норми.

Треба, према томе, направити разлику између процене законских одредаба националног права *in abstracto* и процене *in concreto* у односу на европско право. Док се у првом случају утврђује да ли је национални закон у принципу у складу са европским правом, у другом случају се омогућава непримена националног закона, који је у складу са европским правом, уколико његови прописи у једном конкретном случају производе последице које су противне праву на поштовање приватног и породичног живота. Реч је, значи, о конкретном усклађивању националног и европског права. Тест пропорционалности, који обично врши Европски суд, сада спроводе и национални судови.

Пресуда донета 2013. године је изузетак, што је индиректно потврђено још једном одлуком Касационог суда.<sup>10</sup> Суд је, наиме, одбацио захтев за поништење пресуде о ништавости брака између пасторке и њеног бившег очуха, коју је донео један апелациони суд. У том случају, муж се прво оженио мајком његове будуће младе супруге, која је тада имала само девет година; затим, након развода од њене мајке, кћер се удала за свог бившег очуха; тај брак је трајао само осам година. Пресудом од 8. децембра 2016. Касациони суд је одлучио да поништавање брака у конкретном случају не представља неоправдано и претерано мешање у приватност младе жене. Трајање брака, које је знатно краће него у случају из пресуде донете 2013.

<sup>9</sup> Последица одбацивања захтева и, према томе, потврде ништавости брака врло би вероватно било решавање спора пред Европским судом за људска права који, како је констатовано, сматра да забрана брака између тазбинских сродника представља прекомерно ограничавање слободе брака те би таква пресуда довела до осуде Француске од Суда у Стразбуру због кршења права на поштовање приватног и породичног живота и слободу брака.

<sup>10</sup> *Cass. civ. I<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15–27.201.*

године, као и сама природа односа младе супруге и њеног бившег очуха, оправдавају одбацивање захтева.<sup>11</sup>

Увођењем закона од 18. новембра 2016. године, воља супружника је такође добила доминантну улогу и у споразумном разводу брака. На тај начин избегава се судско окончање брака.

## 1.2. Развод без судије – развод више, уз мање контроле?

Закон бр. 2016–1547 од 18. новембра 2016. године у француско право уводи нови облик споразумног развода. Чланом 229–1 Грађанског законика супружницима се дозвољава вансудски развод уколико постоји сагласност о окончању брака и свим правним последицама које из тога произлазе. Тај тип развода је, међутим, искључен у случајевима предвиђеним чланом 229–2: ако супружници имају малолетно дете и уколико дете, које су родитељи обавестили о његовом праву да буде саслушано, затражи да га судија саслуша, као и у случају када је један од родитеља под заштитним надзором. Будући да је члан 229–1 императивне природе, није могуће бирати између судског и вансудског развода. Уколико су испуњени законски услови, супружници обавезно прибегавају вансудском разводу брака.<sup>12</sup> Могућност да се брак разведе вансудски постоји и ако је већ започет судски поступак о разводу брака по неком другом правном основу; започета парница се у том случају прекида.<sup>13</sup>

Одсуство судије не значи да су супружници лишени правне помоћи. Сваки од њих има право на свог адвоката; ангажовање заједничког адвоката није дозвољено. То решење је оправдано бољом заштитом интереса супружника. Када се постигне договор, он се констатује споразумом потписаним од адвоката.<sup>14</sup>

Сагласност супружника мора бити јасно изражена у споразуму, будући да је у члану 229–3 наведено да се „сагласност за развод и његове последице не подразумевају“. Истим чланом су предвиђени и подаци који морају бити наведени. Осим идентификационих података супружника и њихових адвоката, споразум мора садржати сагласност супружника о раскиду брака. Треба навести и начин решавања

<sup>11</sup> У тој пресуди Касационог суда стоји да је очух представљао фигуру оца, будући да је млада дама имала само девет година када је оженио њену мајку, што није био случај са пресудом из 2013. године.

<sup>12</sup> Patrick Courbe, Adeline Gouttenoire, *Droit de la famille*, Sirey, 2017<sup>7</sup>, 584.

<sup>13</sup> Француски законодавац остаје веран „мостовима“ између различитих врста развода, установљеним законом од 26. маја 2004. године, чл. 247 и 247–1 Грађанског законика.

<sup>14</sup> Према члану 1374 Грађанског законика, „*акт потписан од адвоката сваке од страна или од адвоката свих страна доказ је писања и потписа странака у вези с њима, као и њихових наследника*“.

последича развода, као што је захтев за издржавање. Такође, мора се навести начин деобе имовине стечене у браку. Коначно, у споразуму мора бити споменуто да су родитељи обавестили дете о праву да буде саслушано од судије и да оно не жели то право да искористи.

Након састављања предлога споразума, сваки адвокат шаље препорученим писмом са повратницом примерак споразума супружнику кога заступа. Да би он био пуноважан, споразум се не сме потписати пре истека рока за размишљање, који траје петнаест дана од пријема (члан 229–3 Грађанског законика).

Тако потписан споразум се затим предаје јавном бележнику (нотару), који контролише сагласност споразума са формалним условима који су предвиђени законом, што подразумева и обавезу обавештавања малолетног детета. Бележник такође води рачуна о поштовању прописаних рокова за потписивање споразума. За разлику од судије, нотар не улази у суштину споразума и не може захтевати његову измену. Он не проверава да ли заиста постоји сагласност о разводу нити утврђује да ли је предлог споразума у интересу супружника и њихове деце. Јавни бележник је, ипак, гарант формалне валидности споразума; другим речима, нотар може бити одговоран за формалне недостатке споразума.

Споразумни раскид брака без судије, с једне стране, омогућава брже окончање брачне заједнице.<sup>15</sup> Треба, међутим, навести и његове недостатке. Уопштено гледано, може се уочити да сложеност формалних услова одражава озбиљност правног посла. Реформе о разводу брака сведоче о слабљењу брачне везе и месту које брак заузима у животу Француза. Нова процедура развода је одраз све веће банализације и развода и брака.

С друге стране, није искључено да пребрзо добијен развод доведе до кајања супружника. Они могу оспорити споразумни развод на основу непостојања пристанка, будући да није реч о судској одлуци о разводу. Поништење споразума о разводу, које би повлачило и одговорност правних стручњака, могло би довести до озбиљних проблема. Примера ради, уколико би се један од супружника поново венчао након развода, које би биле правне последице? Таква ситуација би се озбиљно одразила на положај супружника и њихове деце. Стога се може закључити да нови правни систем не доноси и већу правну сигурност.

Исто то се може запазити и када је реч о односима између родитеља и деце.

---

<sup>15</sup> Треба истаћи да у случају обостране сагласности увек постоји невидљиви део у бракоразводном процесу: то је прелиминарна фаза преговарања, чије трајање може варирати.

## 2. НОВО ПРАВО О РОДИТЕЉСТВУ – ПРАВО У НАСТАЈАЊУ?

Односи између родитеља и деце у француском праву значајно су еволуирали последњих година, углавном под утицајем судске праксе Европског суда за људска права. Одредбе о материнству и очинству, које су императивне природе, дуго су биле засноване на принципу неутуђивости људског тела и грађанског статуса лица. Нови облици заједничког живота допринели су појави односа родитеља и деце који су донедавно били мало познати у француском праву. Законодавац и судска пракса пружили су одређене одговоре на сложене ситуације у којима се сусрећу одредбе националног и међународног права. У почетку је француско право потпуно одбацивало сваки облик родитељства стеченог уз помоћ гестацијског сурогата (*Gestation pour autrui* – GPA), да би потом дошло до попуштања стега са циљем прогресивног признавања таквог облика родитељства.<sup>16</sup>

### 2.1. Неутуђивост људског тела – принцип којим се одбацује сурогат материнство

Традиционално, француски грађански законик није познавао одредбе које се тичу медицински потпомогнутог зачећа. Законом бр. 94–653 од 29. јула 1994. о поштовању људског тела, који је познат као „Биоетика“, утврђено је начело слободе асистираних репродуктивних техника, постављајући притом одређена ограничења. С тим у вези, чланом 16–7 је предвиђено: „Сваки споразум који се односи на зачеће или трудноћу за другог ништаван је.“<sup>17</sup>

У основи тог диспозитива је једна чувена одлука Касационог суда.<sup>18</sup> Суд је, у том случају, позивајући се на начело о неутуђивости људског тела, одбио захтев за потпуно усвојење који је поднела супру-

<sup>16</sup> Вид. у обавештењу Националног саветодавног комитета за етику од 27. јуна 2017, истополним женским паровима и женама без партнера омогућава се медицински потпомогнута репродукција, мишљење бр. 126, Anne-Marie Leroyer, „L’avis du Comité d’éthique sur les demandes sociétales de recours à l’AMP ou les présupposés idéologiques d’une pensée institutionnelle“, *JCP* 37/2017, 927.

<sup>17</sup> Француски законодавац је додатно увео кривичне санкције: вид. чл. 227–12 Кривичног законика.

<sup>18</sup> *Cass. civ. plén.*, 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *D.* 1991, 417, *rapp. Y. Chartier*; *ibid.*, 318, *obs. J.-L. Aubert*, *ibid.*, 424, *note D. Thouvenin*; *D.* 1992, 59, *obs. F. Dekeuwer-Défossez*; *RFDA* 1991, 395, *étude M. Long*; *Rev. crit. DIP* 1991, 711, *note C. Labrusse-Riou*; *RTD civ.* 1991, 517, *obs. D. Huet-Weiller*; *RTD civ.* 1992, *obs. J. Mestre*, *ibid.*, 789, *étude M. Gobert*. Треба подсетити на чињеницу да је Државни савет одбио да у регистар удружења упише друштво под називом „*Les Cigognes*“, које је основано са циљем да неплодним паровима омогући потомство (*CE, ass.* 22. јануар 1988, одлука бр. 80936, *Recueil Lebon*, 37; *RFDA* 1988, 102, *concl. B. Stirn*; *RDSS* 1988, 317, *note L. Dubois*); Касациони суд је заузео исти став по питању удружења „*Alma mater*“

га биолошког оца детета које је родила сурогат мајка у Француској. Споразум о сурогат материнству, чак и када је закључен без накнаде, апсолутно је ништав, а потпуно усвајање детета није могуће јер се противи принципу неотуђивости људског тела. Без обзира на јасан и кохерентан карактер те одлуке, она се може критиковати будући да, што се очинства тиче, она лишава дете правне везе са биолошким родитељом.<sup>19</sup>

Касациони суд се потом суочио са још једним случајем који је оставио дубок траг у француском праву. У том случају, брачни хетеросексуални пар користио је услуге сурогат мајке у Сједињеним Америчким Државама, у Калифорнији, где је гестационо сурогат материнство легално. Према америчкој пресуди, оцу и његовој супрузи („намераваној“ мајци) признато је правно родитељство над близнакињама које је родила сурогат мајка. Француске власти су се успротивиле упису рођења у матичне књиге, будући да је калифорнијска пресуда противна начелима међународног јавног поретка Француске.<sup>20</sup> Касациони суд је утврдио да је недозвољавање уписа рођења деце на основу пресуде иностраног суда оправдано јер је таква пресуда противна принципу неотуђивости људског тела и грађанског статуса физичких лица.<sup>21</sup> Суд сматра да је у питању свесно кршење француског закона, које не може бити оправдано ни интересом детета, ни правом на поштовање приватног и породичног живота.

Такав радикалан став Касационог суда није издржао тест времена нити судске праксе Суда у Стразбуру. Исто тако, променама које су се догодиле у француском праву, ступањем на снагу закона о браку „за све“, од 17. маја 2013. године, модификован је правни контекст и омогућена је еволуција француске судске праксе.

## 2.2. На путу ка прогресивном признавању сурогат материнства?

Утврдивши да одбијање француских власти да прихвате захтев за усвојење представља повреду права на поштовање приватног

(*Cass. civ. I<sup>re</sup>*, 13 dec. 1989, n° 88–15.655, *Bull. civ. I*, n° 387, *D.* 1990, 273, *rapp. J. Massip*; *RTD civ.* 1990, 254, *obs. J. Rubellin-Devichi*; *RTD civ.* 1992, 88, *obs. J. Mestre*).

<sup>19</sup> Вид. такође одлуку *Cass. civ. I<sup>re</sup>*, од 29. јуна 1994, бр. 92–13.563, *Bull. civ. I*, n° 226, *D.* 1994, 581, *note Y. Chartier*; *RTD civ.* 1994, 842, *obs. J. Hauser*; радило се о захтеву за непотпуно усвајање.

<sup>20</sup> *Cass. civ. I<sup>re</sup>*, 9 dec. 2003, *Bull. civ. I*, n° 252; *Deffrénois*, 2004, 592, *obs. J. Massip*; *JCP* 2004, 17 dec. 2008, *Bull. civ. I*, n° 289; *JCP* 2009, II, 10020, *note A. Mirkovic et II*, 10021, *note d'Avout*; 6 avr. 2011. (три пресуде), *Bull. civ. I*, n° 70, 71 et 72. *RTD civ.* 2011, 340, *obs. J. Hauser*.

<sup>21</sup> Claire Neirinck, „La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né“, *Droit de la famille* 5/2011, 14.



и породичног живота и примењујући члан 14 Конвенције, којим се забрањује дискриминација у остваривању људских права и слобода<sup>22</sup>, Европски суд је донео одлуку да сама чињеница да је дете рођено у иностранству, чак и у контексту сурогације, не би требало да представља препреку за упис рођења у другој земљи у којој је сурогат забрањен.<sup>23</sup> Сходно томе, Суд је, поштујући постојање слободне процене земаља чланица<sup>24</sup>, усвојио решење којим је ипак омогућено правно признање односа родитељ–дете између деце коју је родила сурогат мајка и њиховог биолошког родитеља.

Забрана сурогат материнства је на тај начин значајно ублажена.<sup>25</sup> Донето решење заснива се на чињеници да би забрана сурогације, која представља препреку за признавање и утврђивање родитељства у односу на биолошког оца, представљала несразмерно кршење права детета из перспективе поштовања његовог приватног живота. Идентитет, који, између осталог, произлази из признавања очинства, битан је елемент тог права;<sup>26</sup> лишавањем детета једног елемента његовог идентитета француска држава је прекорачила слободу процене коју је препознао Европски суд.

На тај начин, Суд поставља основе деликатне равнотеже између слободне процене коју имају државе чланице у тој области и поштовања права која су гарантована Конвенцијом. Признање правне везе између детета и биолошког родитеља, међутим, не значи и признање правне везе између детета и „намераваног родитеља“.

<sup>22</sup> CEDH, 22. јануар 2008, *E.B. contre France*, одлука бр. 43546/02, D. 2008, 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, JCP 2008, II, 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre; AJ Famille 2008, 118, obs. F. Chénéde; RDSS 2008, 380, obs. C. Neirinck.

<sup>23</sup> CEDH, 26. јун 2014, *Mennesson c/ France*, одлука бр. 65192/11 и *Labassée c/ France*, одлука бр. 65941/11, D. 2014, 1797, note F. Chénéde, *ibid.*, 1773, note H. Fulchiron et Ch Bidaud-Garon, *ibid.*, 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *ibid.*, 1806, note L. d'Avout; RTD civ. 2014, 616, obs. J. Hauser, *ibid.*, 835, obs. J.-P. Marguénaud; JCP 2014, n° 877, obs. A. Gouttenoire. Вид. такође CEDH, 21. јул 2016, *Foulon c/ France*, requête n° 9063/14 и *Bouvet c/ France*, requête n°10410/14; D. 2016, 2152, note A.B. Caire, D. 2017, 729, obs. F. Granet-Lambrechts, *ibid.*, 781, obs. J.-C. Galloux, *ibid.*, 935, obs. S. Hennette-Vauchez et *ibid.*, 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon; AJ fam. 2016, 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2016, 819, obs. J. Hauser; JCP 2016, 965, obs. F. Sudre; Gaz. Pal. 2016, 2578, note P. Le Maigat. Вид. и ECHR, 19 janv. 2017, *Laborie c/ Franc*, одлука бр. 44024/13, D. 2017, 1229, note A.-B. Caire, *ibid.*, 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske; AJ fam. 2017, 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>24</sup> У пресуди из 2014, Суд наводи да „у Европи није постигнут консензус у погледу признавања сурогат материнства нити правног признавања односа намераваних родитеља и деце која су легално зачета у иностранству“, пресуда *Mennesson*, § 78.

<sup>25</sup> Према мишљењу суда, „када је родитељство у питању, треба узети у обзир чињеницу да се од тог тренутка поставља питање есенцијалног аспекта идентитета појединца“, *Ibid.*, § 80.

<sup>26</sup> Вид. параграфе 46, 80 и 100, *Ibid.*

Питање уписа страног извода из матичне књиге рођених за дете које је родила сурогат мајка у француске матичне књиге Касациони суд је регулисао на пленарном заседању 2015. године, применивши решења која произилазе из европског права.<sup>27</sup> Касациони суд је, наиме, искључио могућност да се сама чињеница да је дете рођено уз помоћ сурогат мајке у земљи у којој је то законом дозвољено посматра као свесно кршење закона које онемогућава упис рођења у матичне књиге Француске. Препис података из иностраног извода дозвољен је уз два услова: извод мора бити пуноважан у земљи где је издат, а подаци који у њему фигурирају морају одговарати чињеничном стању. Касациони суд се на тај начин удаљава од судске праксе засноване на принципу неутуђивости грађанског статуса физичких лица и неутуђивости људског тела.

Промене у француском праву су и последица ступања на снагу Закона од 17. маја 2013. године о истополним браковима, који је поново дефинисао услове за пуноважност брака и отворио нове перспективе у односима родитеља и детета. Тај закон омогућава истополним паровима право на усвајање деце, које је загарантовано хетеросексуалним паровима. Али, чак и пре његовог ступања на снагу, Државни савет је одбио да поништи одлуку министра правде од 25. јануара 2013. године, према којој деца коју је родила сурогат мајка у иностранству морају добити потврду о држављанству; другим речима, према мишљењу Државног савета, услови зачећа детета не могу имати правне последице на његов статус.<sup>28</sup>

Питање које се потом поставило пред француским судовима тичало се усвајања детета супружника, које је родила сурогат мајка у иностраној земљи, где је ова пракса легална. Може ли супруг који није биолошки родитељ детета усвојити дете свог супружника? То питање решено је једном од пресуда Касационог суда донетих 5. јула 2017. године.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *Cass. civ. plén.*, 3 juillet 2015, *pourvois* n° 14–21.323 и n° 15–50.002, *Bull. ass. plén.*, 4; D. 2015, 1819, *note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon*, *ibid.*, 1773, *obs. D. Sindres*, *ibid.*, 1919, *obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire*; *AJ fam.* 2015, 496, *obs. F. Chénéédé*, *ibid.*, 364, *obs. A. Dionisi-Peyrusse*; *RTD civ.* 2015, 581, *obs. J. Hauser*; *Gaz. Pal.* 2015, 2949, *obs. P. Le Maigat*; *Dr. fam.* 2015, n° 166, *obs. J.-R. Binet*.

<sup>28</sup> *CE*, 12 déc. 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 367317 и n° 368861.

<sup>29</sup> За разлику од потпуног усвојења, непотпуно усвојење нема за последицу поништење постојеће биолошке везе, вид. *Cass. CIV. I*, 5. јул 2017, бр. 16–16.455. У конкретном случају, радило се мушком истополном брачном пару. Један од супружника прибегао је гестацијском сурогату у Сједињеним Америчким Државама у време када је пар био само „*pacsé*“. Супружник биолошког оца био је посебно укључен у школовање детета, које сада има једанаест година. Дете, осим тога, носи имена оба „оца“ и, према мишљењу судија, „савршено је испуњено“. Вид. *Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger*, у вези са одлукама Касационог суда од 5. јула 2017, А. Gouttenoire, *JCP* 2017, 984.

Треба истаћи да је у овом случају првостепени суд одбацио аргументе у вези са преваром или свесним кршењем јавног поретка. С обзиром на то да је захтев за непотпуно усвојење поднео муж чије оплодне ћелије нису коришћене у процесу вештачке инсеминације, није било основано пребацити му покушај преваре или кршења закона због чињенице да није учествовао у процесу сурогације.

Аргументат о превари поготово није било прихватљив јер су партнери чекали да закон о браку „за све“ ступи на снагу како би се венчали и како би супружник биолошког оца могао да поднесе захтев за усвојење детета. Пар није крио под којим условима је дете зачето; наиме, у иностраном изводу из матичне књиге рођених јасно се наводе подаци о очинству и материнству детета. Непостојање преваре, које је било кључно у овом случају, довело је до одлуке о прихватању захтева за непотпуно усвојење детета.

Решење донето том пресудом је, међутим, било и очекивано. Касациони суд се већ позитивно изјаснио о питању да ли је усвојење детета од супруге биолошке мајке детета које је легално зачето у иностранству вантелесном оплодњом у складу са француским законом. Касациони суд је 22. септембра 2014. године донео два мишљења у вези са тим питањем. Пошто француски закон не дозвољава истополним паровима да користе вантелесну оплодњу, очигледно је да су мајке отишле у иностранство како би избегле примену француског закона.

Суд, међутим, не узима у обзир ту околност и доноси одлуку према којој *„подвргавање медицински потпомогнутој оплодњи, у форми вештачке оплодње са анонимним донором у иностранству, не представља сметњу да дете које је зачето тим путем буде усвојено од супруге његове биолошке мајке, под претпоставком да су испуњени законски услови за усвојење и да је то у најбољем интересу детета“*. Другим речима, Касациони суд занемарује околности у којима је дете зачето; непотпуно усвојење детета заснива се на поштовању законских норми, с једне стране, и најбољег интереса детета, с друге стране.

У пресуди од 5. јула 2017. године, Касациони суд није могао да се удаљи од решења која је изразио у мишљењима из 2014. године. Сличност између тих случајева била је исувише велика, тако да није било могуће да се судије другачије изјасне.

Могло би се онда поставити питање односа између вештачке оплодње и сурогат материнства. Треба ли третирати те две ситуације на исти начин? Пре свега, треба напоменути да је вантелесна оплодња генерички појам. Што се тиче гестацијског сурогат материнства, оно представља само једну од могућих техника вантелесне оплодње. Та техника није призната у француском праву будући да се

коси са принципима неотуђивости људског тела. На крају, сматра се да је сурогат материнство противно људском достојанству.

Разлике између гестациског сурогат материнства и вантелесне оплодње, међутим, нестају када се те репродуктивне технике реализују у земљама у којима су легализоване. Поштовање приватног и породичног живота и најбољи интерес детета омогућили су да се те забране превазиђу, без обзира на то што су императивне природе.

Коначно, поставља се питање да ли у земљама које забрањују сурогат материнство сада постоји обавеза признања деце која су рођена у земљи у којој је тај вид зачећа легалан. Пресудом Европског суда од 24. јануара 2017. године дат је одговор на то питање.<sup>30</sup> Радило се о хетеросексуалном брачном пару из Италије, који је закључио споразум о сурогат материнству у Русији; пар је тврдио да је генетски материјал мужа био употребљен у ту сврху. По рођењу детета, биолошка мајка се сложила да муж и жена буду наведени у матичној књизи рођених као његови отац и мајка. Кад је пар затражио да се подаци из тог документа упишу у матичну књигу рођених у италијанском конзулату, појавиле су се сумње да је реч о превари. Италијанске власти су одбиле да изврше препис руског извода, а у Италији је покренут и кривични поступак против пара због фалсификовања докумената о рођењу и кршења закона о усвојењу. Како је ДНК тестом потврђено да не постоји биолошка веза између детета и тог брачног пара, италијански суд је наложио да дете буде одузето, предато центру за социјални рад и дато на усвојење.

На питање да ли су италијанске власти том одлуком прекршиле члан 8 Европске конвенције, Суд у Стразбуру је, најпре, донео одлуку у корист брачног пара, наводећи да је тешко замислити раздвајање детета од подстрекача гестације и излагање детета поновном одвајању.<sup>31</sup> Поступајући по жалби италијанске владе, Европски суд је поништио првобитну одлуку. Нова пресуда, донета 24. јануара 2017. године, почива на чињеници да су супружници директно криви за настанак ситуације у којој се налазе и они и дете јер су прекршили италијански закон; поврх свега, не постоји чак ни биолошка веза између брачног пара и детета.

На тај начин је јасно постављен услов за признавање правног односа између детета и подносиоца захтева: непостојање преваре

<sup>30</sup> CEDH, *gr. ch.*, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie, requête n° 25358/12*; D. 2017, 897, *obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern, ibid.*, 663, *chron. F. Chénédé, ibid.*, 729, *obs. F. Granet-Lambrechts, ibid.*, 781, *obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, ibid.*, 1011, *obs. H. Gaudement-Tallon et F. Jault-Seséke; AJ fam.* 2017.

<sup>31</sup> CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie, requête n° 25358/12*; JCP 2015, *act.* 194, *obs. F. Sudre; RTD civ.* 2015, 325, *obs. J.-P. Marguénaud.*

је пресудно за признавање правних последица сурогат материнства оствареног у иностранству. Чињеница да је брачни пар прикрио околности у којима је дете зачето и непостојање биолошке везе између детета и пара омогућили су примену принципа *fraus omnia corrumpit*. Не може се, међутим, порећи да је донета одлука изузетно строга. Одвајање детета од породице у којој расте сада може имати само теже последице него две године раније. Пресуда, ипак, заслужује одобрење из два разлога: прво, она не доводи у питање равнотежу између слободне процене држава чланица, која им дозвољава да забране сурогат материнство, и права на поштовање приватног и породичног живота;<sup>32</sup> друго, пресуда јасно изражава идеју да право не треба сваки пут да устукне пред чињеничним стањем. Али, до када ће бити тако?

Промене које су се последњих година десиле у француском праву сведоче о новим облицима породичног живота и о тешкоћама усклађивања општих и личних интереса, правне сигурности и флексибилности. Изнад свега, чини се да потрага за личним испуњењем, више него икада, ствара нове правне оквире.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Courbe, P., Gouttenoire, A., *Droit de la famille*, Sirey 2017<sup>7</sup>.
- Leroyer, A.-M., „L’avis du Comité d’éthique sur les demandes sociétales de recours à l’AMP ou les présupposés idéologiques d’une pensée institutionnelle“, *JCP* 37/2017.
- Malaurie, Ph., Fulchiron, H., *Droit civil, Droit de la famille*, Defrénois, 2018<sup>6</sup>.
- Murat, P., *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article* (dir. L. Bourgogne-Larsen, A. Levade, F. Picod), Bruylant, 2005.
- Neirinck, C., „La gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et l’état civil français de l’enfant qui en est né“, *Droit de la famille* 5/2011.

---

<sup>32</sup> Подсетимо на то да француске власти не могу одбити визу за улазак на националну територију детета које је сурогат мајка родила у другој земљи, чак и под претпоставком да у изводу из матичне књиге рођених детета стоји податак да је мајка детета „намеравана мајка“. Вид. *CE*, 3. август 2016, одлука бр. 401324.

Ana Želčević Duhamel, PhD

Assistant Professor

Paris Descartes Sorbonne Cité University, Faculty of Law

## FAMILY LAW IN FRANCE – A LAW IN TRANSFORMATION

### *Summary*

The French family law is the expression of some substantial changes that are taking place in the French society. They concern both marriage and relationships between parents and children. It is also possible to notice a growing interest of the European law, through the right of privacy, specially regarding the freedom of marriage and the question of surrogate mothers. Also, since 2016 French law admits the mutual consent divorce without a judge.

Key words: *Freedom of marriage. – Right to privacy. – Mutual consent without a judge. – Surrogate mothers. – Adoption.*

Article history:

Received: 11. 12. 2017.

Accepted: 28. 2. 2018.

Др Ненад Тешић\*

ДА ЛИ ЈЕ ПРАВО СЛЕДОВАЊА УСТАВОМ  
ЗАШТИЋЕНИ ИМОВИНСКИ ИНТЕРЕС И У ОДНОСУ  
НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ  
I део

*„Nullum commodum capere potest  
de sua propria iniuria.“<sup>1</sup>*

*Аутор у овом раду истражује оне кривичноправне мере које нису усмерене на личност учиниоца, већ непосредно утичу на његову имовинску позицију: одузимање предмета извршења кривичног дела, одузимање имовинске користи стечене кривичним делом, одузимање имовине проистекле из кривичног дела.*

*У том контексту се поставља питање какав је однос тих мера и права трећих лица на одузетим добрима. Ако се основни правнополитички циљ свеобухватног одузимања имовине огледа у спречавању богаћења криминалних организација, а суштина хипотеке је у заштити права њеног имаоца erga omnes, онда није тешко замислити ситуацију у којој се право следовања хипотекарног повериоца сучељава са том кривичноправном мером изреченом хипотекарном дужнику. Управо ту ситуацију аутор сматра адекватним тестом за разрешење дилеме о томе да ли је право следовања имовински интерес који ужива пуну устварноправну заштиту.*

*Аутор покушава да пронађе „Аријаднину нит“ која би нас извела из „правног лабиринта“, онога што је оправдана реакција државе у борби про-*

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [nenad.tesic@ius.bg.ac.rs](mailto:nenad.tesic@ius.bg.ac.rs). Овај научни чланак је резултат истраживачке активности на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2017. годину. Аутор дугује нарочиту захвалност професору кривичног права Игору Вуковићу за пријатељско читање овог рада и указивање на језичке и друге мањкавости.

<sup>1</sup> Нико не може имати користи од сопственог злодела. Jon R. Stone, *The Routledge Dictionary of Latin Quotations: The Illiterati's Guide to Latin Maxims, Mottoes, Proverbs, and Sayings*, Routledge, New York – London 2005, 80.

тив организованог криминала и онога што се сматра примереном заштитом субјективних права обезбеђених поверилаца. Он истиче да се у одговору на питање има ли хипотекарни поверилац право следовања у односу на државу, ако се мера свеобухватног одузимања односи на хипотековану непокретност, пре свега мора водити рачуна о савесности хипотекарног повериоца. Притом тај субјективни елемент судови морају да оцењују узимајући у обзир све околности конкретног случаја, а нарочито: време настанка хипотеке (у односу на иницирање поступка одузимања), укупне пословне и друге односе хипотекарног повериоца и дужника као и објективне промене у њиховим имовинским приликама пре и после заснивања хипотеке.

Кључне речи: *Проширено одузимање имовине (криминалне стечевине). – Установна правна заштита имовине. – Хипотека. – Право следовања.*

## 1. УВОД

Ако се упореде кривично право као грана јавног права и стварно право као сегмент приватног права, намеће се закључак да су у „приватном праву странке равноправне без обзира да ли је у акту размене једно лице држава, или приватно лице“.<sup>2</sup> Друкчије казано, приватно право се не односи искључиво на односе појединаца<sup>3</sup> већ и на односе државе и појединаца у којима се она јавља без употребе власти.<sup>4</sup> Ако је држава правно једнака са осталим учесницима у неком правном односу, онда није реч о односу заповедања (надређености) већ о односу међусобног уважавања (поштовања) туђих правних позиција.

Осим принципа једнакости страна у грађанскоправном односу који је претходно поменут, принцип који суштински одређује метод грађанског права јесте и начело имовинске санкције. Задатак тако замишљене санкције је да успостави угрожено, нарушено или повређено право титулара.<sup>5</sup> Укратко, грађанскоправна санкција се састоји у накнади штете, док су санкције за кривична дела углавном

<sup>2</sup> Драгољуб Стојановић у Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 21.

<sup>3</sup> *D. 1,1,1,2 (Ulpianus). Publicum ius est quod ad statum rei publicae Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim.* Јавно право је оно које се односи на положај римске државе, а приватно право се тиче користи појединаца: има, наиме, ствари од опште користи и оних од појединачне.

<sup>4</sup> Према мишљењу проф. Лукића, јавно право обухвата односе између државе и појединаца у којима се држава јавља као власт, а приватно односе између државе и појединца у којима се она јавља без употребе власти и односе међу самим појединцима. Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Београд 2004, 489.

<sup>5</sup> „Потискивање личних санкција које су раније постојале (лишавање живота, дужничко ропство, дужнички затвор) последица је хуманизације права“. Влади-



казне,<sup>6</sup> чија је сврха специјална и генерална превенција, са нагласком на позитивној генералној превенцији чији је циљ учвршћење друштвених и моралних норми.<sup>7</sup>

## 2. ОДУЗИМАЊЕ КАО КРИВИЧНОПРАВНА РЕАКЦИЈА

Када је реч о кривичноправним мерама које су усмерене на имовину, према обиму задирања у имовинскоправну сферу, у законодавству и правној књижевности разликује се неколико врста таквих мера.

### 2.1. Одузимање предмета

Као мера безбедности, одузимање предмета је регулисано у Кривичном законнику.<sup>8</sup> Одузети могу бити предмети који су били употребљени или намењени за извршење кривичног дела (лат. *instrumenta sceleris*, нем. *Werkzeuge des Verbrechenens*), на пример, моторно возило преправљено за превоз дроге, и предмети који су настали извршењем кривичног дела (лат. *producta sceleris*, нем. *Produkte des Verbrechenens*),<sup>9</sup> на пример, неовлашћено умножени музички диско-

мир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 42.

<sup>6</sup> Мада, осим њих, има и неких других споредних санкција. Зависно од врсте противправног поступања постоје и различите врсте одговорности: кривична, грађанска, дисциплинска. Р. Лукић, Б. Кошутућ, 276. Када говоримо о кривичноправним санкцијама, обично се каже да је систем кривичних санкција скуп свих принудних мера предвиђених у кривичном законодавству једне земље које се примењују према учиниоцима кривичних дела под условима и на начин који су законом одређени. Миодраг Н. Симовић, Драган Јовашевић, „Појам, врсте и сврха казни у Републици Српској“, *Правне теме* 2, 3/2014, 29.

<sup>7</sup> Опширније о релативној теорији која сврху казне види у превенцији. Зоран Стојановић, *Кривично право*, Београд 2015, 281.

<sup>8</sup> Према Кривичном законнику, „мера безбедности одузимања предмета може се одредити у погледу предмета који је био намењен или употребљен за извршење кривичног дела или је настао извршењем кривичног дела, кад постоји опасност да ће се одређени предмет поново употребити за извршење кривичног дела, или кад је ради заштите опште безбедности или из моралних разлога одузимање предмета неопходно“. Кривични законик – КЗ, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014, чл. 87, ст. 1.

<sup>9</sup> Тако је у једном случају окривљени „ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију из члана 185, став 4 КЗ, јер је држао један диск са порнографским материјалом. Истом пресудом је на основу чл. 78. и 87. КЗ окривљеном је изречена мера безбедности одузимања предмета и то једног диска“. Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж 28/2012 од 14. маја 2012. године, *Paragraf Lex*.

ви.<sup>10</sup> У правној теорији се таква подела понекад допуњава, па се говори и о *fructa scelaris* (на пример, лажне новчанице) и о *praecium scelaris* (на пример, мито дат доносиоцу неке одлуке).<sup>11</sup>

### 2.1.1. Права трећих у случају одузимања предмета

Ако се мера безбедности одузимања предмета сагледа из угла правне позиције трећих лица, приметно је да се предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела могу одузети и када нису својина учиниоца.<sup>12</sup> Ипак, у једном конкретном случају, суд је ценио савесност трећих лица истичући да је „првостепени суд неосновано изрекао меру безбедности одузимања предметног камиона..., водећи рачуна о томе да оптужени од кога је одузето ово возило није власник истог, при чему власник привредног друштва (које је власник возила, прим. аут.) није знао, нити је могао знати да ће оно бити употребљено за извршење кривичног дела...“.<sup>13</sup> Губитак својине на одузетом предмету за треће лице још увек не значи и престанак свих његових права у том погледу. Ово из разлога што је правна позиција трећих лица заштићена правилом да примена ове мере безбедности не утиче на право трећих лица на накнаду штете због одузимања предмета према извршиоцу кривичног дела.<sup>14</sup>

Да упростимо, треће лице као власник одузетог предмета можда остаје без стварноправног, али није лишено облигационоправног захтева, природно уз све тешкоће које у „правној реалности“ доноси остварење једног таквог „правног потенцијала“.

У случају одузимања предмета стварноправно обезбеђење које је претходно успостављено на овом предмету престаје, с тим што би овде у односу на накнаду штете која припада хипотекарном дужнику, *mutatis mutandis*, важила правила о реалној суброгацији, као када би услед пропасти хипотековане непокретности била исплаћена осигурана сума.

<sup>10</sup> Опширније: Marc Henzelin, Sandrine Giroud, Heloise Rordorf, „Switzerland“, *Getting the Deal Through, Asset Recovery 2015* (eds. J. Tickner, S. Gabriel), Law Business Research Ltd, London 2014, 137.

<sup>11</sup> Paul Gully Hart, „International asset of corruption related asset recovery, Switzerland“, *Recovering Stolen Assets* (ed. M. Pieth), Peter Lang, Bern 2008, 176.

<sup>12</sup> Вид. Пресуда Окружног суда у Нишу, Кж. 873/2006 од 28. септембра 2006. године, *Paragraf Lex*. „Ако је окривљени осуђен због неовлашћеног ношења ватреног оружја и изазивања опште опасности – испуњени су услови да се одузме пиштољ који је био предмет извршења кривичног дела, иако је отац окривљеног имао уредну дозволу за његово држање.“ Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 1785/2005 од 19. јула 2005. године, *Paragraf Lex*.

<sup>13</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж1. По1 20/2012 од 17. децембра 2012. године, *Paragraf Lex*.

<sup>14</sup> КЗ, чл. 87, ст. 2. Ово из разлога што се, сходно Закону, може одредити обавезно одузимање предмета и њихово обавезно уништавање.

## 2.2. Одузимање имовинске користи

Одузимање имовинске користи не спада у кривичноправне санкције већ у друге кривичноправне мере.<sup>15</sup> Такво одузимање се тиче оне користи до које је учинилац дошао извршењем кривичног дела.<sup>16</sup> Одузимање имовинске користи је обавезно јер нико не може задржати корист коју је стекао кривичним делом.<sup>17</sup> Притом, сам појам имовинске користи није дефинисан и представља правни стандард чију садржину попуњава суд. Висина остварене имовинске користи подобне за одузимање оцењује се у односу на конкретно кривично дело и представља имовински вишак који је противправно доспео у имовину учиниоца.<sup>18</sup> „Суд има овлашћење да висину имовинске користи определи према слободној оцени, на основу доказа из којих произилази колико је та имовинска корист оквирно износила.“<sup>19</sup>

### 2.2.1. Права трећих лица у случају одузимања имовинске користи

Према Кривичном законнику, одузимање користи прибављене кривичним делом могуће је и ако је таква имовинска корист на трећа

<sup>15</sup> Тако се у немачком праву ова мера сматра специфичном реститутивном мером. Вид. Наталија Лукић, *Сузбијање организованог криминалитета, Компаративни приступ*, Београд 2014, 48.

<sup>16</sup> Према Кривичном законнику, од учиниоца ће се одузети новац, предмети од вредности и свака друга имовинска корист који су прибављени кривичним делом, а ако одузимање није могуће, учинилац ће се обавезати да преда у замену другу имовинску корист која одговара вредности имовине прибављене извршењем кривичног дела или проистекле из кривичног дела или да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. КЗ, чл. 92, ст. 1. Опширније вид. Душан Врекић, *Мера одузимања имовинске користи у кривичном праву*, Нови Сад 1997; Наташа Тањевић, „Реформисање мере одузимања имовинске користи“, *Безбедност* 52, 3/2010, 158–176.

<sup>17</sup> Зоран Стојановић, Драгана Коларић, *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета тероризма и корупције*, Београд 2014, 97. У погледу обима одузимања имовинске користи наша судска пракса је недвосмислена. „Неправилна је изрека пресуде у којој се наводи да се од окривљеног одузима мањи износ противправно стечене имовинске користи од оног наведеног у образложењу, будући да сва имовинска корист из кривичног дела мора бити одузета.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1 5767/2010 од 8. новембра 2011. године, *Paragraf Lex*.

<sup>18</sup> Јелена Глушчевић, *Одузимање имовине стечене кривичним делом* (докторска дисертација), Београд 2015, 19.

<sup>19</sup> „Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим за извршење кривичног дела посредовања у проституцији“... „Наведени износ (имовинске користи, прим. аут.) суд је одредио сходно члану 515 Законика о кривичном поступку по слободној оцени, имајући у виду исказе сведока у делу у коме су ближе описани начини на које су наплаћиване услуге у клубу окривљеног, које су пружане у дужем временском периоду“. Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 1795/2002 од 17. октобра 2002. године, *Paragraf Lex*.

лица пренета без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности.<sup>20</sup> Законодавац овде води рачуна само о објективној околности да ли посао располагања онерозан или лукративан и да ли вредност која је дата за пренету корист одговара њеној стварној вредности. Притом се занемарује субјективна компонента савесности трећег лица, односно да ли је треће лице на које је корист пренета знало или морало знати да је она прибављена кривичним делом.<sup>21</sup>

Како је незаконита корист директно или индиректно стечена извршењем кривичног дела, сматра се да учинилац никада није ни стекао својину на тој користи. Ако је на том добру успостављено обезбеђење, обезбеђени поверилац у случају његовог одузимања неће имати право следовања.<sup>22</sup>

### 3. ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Одузимање предмета и одузимање имовинске користи као кривичноправне мере постоје дуго у нашем правном систему,<sup>23</sup> али се чини да у сузбијању одређених облика криминалитета, нарочито организованог криминала, нису дале адекватне резултате.<sup>24</sup> Иако почивају на сличној идеји, „ударања по цепу“ учинилаца кривичних дела,<sup>25</sup> одузимање имовине проистекле из кривичног дела као релативно нова мера по својој свеобухватности далеко надилази своје

<sup>20</sup> КЗ, чл. 92, ст. 2. Ако је кривичним делом прибављена имовинска корист за другог, та корист ће бити одузета. Стварна вредност је овде правни стандард и на суду је да према околностима конкретног случаја процени да ли је стварна вредност тржишна цена неке ствари.

<sup>21</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж1 По1 31/2013 од 31. јануара 2014. године, *Paragraf Lex*.

<sup>22</sup> На пример, ако је новац прибављен кривичним делом положен у наменски депозит ради обезбеђења кредита.

<sup>23</sup> Опширније: Митар Кокољ, Ђорђе Лазин, *Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву*, Београд 1986.

<sup>24</sup> О функционалном приступу чији је циљ да се елиминише мотив за бављење организованим криминалом вид. Michael Kilchling, „Finance – orientied strategies of organized crime control“, *The Oxford Handbook of Organized Crime* (ed. L. Paoli), Oxford University Press, Oxford 2014, 668. Уопште о појму организованог криминала вид. Милан Шкулић, *Организовани криминалитет*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2002.

<sup>25</sup> Опширније о филозофском оправдању „свобухватног одузимања“ чији се основни циљ огледа у томе да учиниоци кривичних дела схвате како се криминал не исплати (енг. „crime does not pay“), Michael Levi, „Taking the Profit Out of Crime: The UK Experience, Cardiff: University of Wales“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 5, 3/1997, 228–239.

претече, тако да, према мишљењу њених заговорника, само она и допире до „Ахилове пете“ организованог криминала.<sup>26</sup> Сам поступак одузимања имовине проистекле из кривичног дела обично има три фазе. Прва је финансијска истрага и, зависно од њених достигнућа, може се ући у другу фазу, а то је поступак привременог одузимања имовине, док се, зависно од резултата друге фазе, може ући у трећу фазу, а то је трајно одузимање имовине.<sup>27</sup>

### 3.1. Предмет одузимања

Према Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „имовином се сматра добро сваке врсте у Републици Србији или иностранству, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво велике вредности и исправе у било којој форми којима се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.“<sup>28</sup> Релативно лако је приметити да је тако дефинисана имовина самосталан (аутономни) појам који не одговара грађанскоправном појму имовине.<sup>29</sup> Као и у другим сличним ситуацијама, и овде се показало

<sup>26</sup> У том погледу је специфично право САД, где до одузимања имовине може доћи независно од кривичног поступка. Такво цивилно одузимање (енг. „civil asset forfeiture“) разликује се од кривичноправног по томе што је овде предмет истраге имовина, а не одређено лице. У том поступку је могуће запленили личну имовину на основу сумње да неко лице поседује велику количину новца (енг. „based on nothing more than a suspicion, such as a person possessing large amounts of cash“). Merrill Matthews, „Civil Asset Forfeiture and the Constitution“, *Institute for Policy Innovation Ideas* 70/2016, 1, [http://www.ipi.org/docLib/20160218\\_CivilAssetForfeitureFinal.pdf](http://www.ipi.org/docLib/20160218_CivilAssetForfeitureFinal.pdf), 28. јун 2017.

<sup>27</sup> Опширније вид. Оливер Лајић, „Има ли алтернативу одузимање имовине стечене криминалом које се спроводи у кривичном поступку?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2013, 331–347; Оливер Лајић, „О правној природи института одузимања имовине проистекле из кривичног дела“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010, 350; Миодраг Вићентијевић, „Закон о одузимању имовине проистекле из кривичних дела и разлика у односу на претходни систем одузимања имовине стечене криминалом“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/2009, 78–109. Притом није наодмет подвући да је тај институт, са извесним разликама, широко прихваћен у упоредном праву. Опширније вид. Оливер Лајић, „Упоредни преглед система за истраживање и одузимање имовине стечене криминалом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2012, 221.

<sup>28</sup> Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела – ЗОИ, *Сл. гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016, чл. 3, ст. 1, тач. 1.

<sup>29</sup> Као такав, овај појам углавном одговара међународним актима из ове области. Упор. Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, *Official Journal of the European Union* L 127/39 (даље: Директива 2014/42/EU), чл. 2, ст. 1, тач. 2.

да такво законописање може бити збуњујуће.<sup>30</sup> Тако у једној одлуци суд закључује да „предмет одузимања не може бити право својине, већ се одузима предмет тог права, односно ствар. Ако под појмом права својине подразумевамо потпуно право располагања субјекта на једној ствари, то се право, као апстрактна категорија, не може одузмати, већ се одузима њен предмет, односно ствар...“<sup>31</sup>

Међутим, предмет одузимања, према овом закону, није имовина као таква, већ само имовина која је проистекла из одређених кривичних дела,<sup>32</sup> дакле имовина власника која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима.<sup>33</sup> Занимљиво је у том контексту да је прихваћен концепт по коме је појам имовине лишен дугова (пасиве), па имовину чини само актива.<sup>34</sup> Очигледно је, дакле, да овде није реч о прелазу имовинскоправне целине *universitas iuris* на Републику Србију,<sup>35</sup> него лицу коме је имо-

<sup>30</sup> Јавно право и приватно право „чине делове правног поретка, чија целовитост не дозвољава да основни принципи једног спутавају основне принципе другог; евентуална колизија мора се неутралисати одмеравањем“. Тако о односу пореског и приватног права Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Однос пореског и приватног права“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016, 21.

<sup>31</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2. По1 213/2011 од 12. августа 2011. године, *Paragraf Lex*. Ово иако је у нашој грађанскоправној теорији неспорно да имовину чине права на стварима, а не саме ствари.

<sup>32</sup> „Наиме, и поред чињенице да је правноснажно утврђено да је непокретност стечена извршењем кривичног дела, по оцени другостепеног суда, правилно је првостепени суд нашао, а имајући у виду врсту конкретног кривичног дела (превара), односно да дело из кога је прибављена предметна непокретност није прописано одредбама члана 2 ЗОИ, да иста не може ни бити привремено одузета у поступку на који се примењује Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, већ је одузимање такве имовине везано за предметни кривични поступак у коме је окривљени оглашен кривим. По оцени првостепеног суда, на овај начин се не легализује имовина која је стечена извршењем кривичног дела, нити је утврђено да иста представља законито стечену имовину, већ се суд кретао у оквирима Закона о одузимању имовине проистекле извршењем кривичног дела и намере законодавца да се у поступку привременог одузимања имовине може одузети само имовина која је проистекла извршењем неког дела из члана 2 Закона, а што у конкретном случају није ситуација.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж Пои 2/2016 од 22. августа 2016. године, *Paragraf Lex*.

<sup>33</sup> ЗОИ, чл. 3, ст. 1, тач. 2.

<sup>34</sup> Такав приступ је заступљен и у модерном грађанском праву. Вид. Saša Nikšić, „Imovina u građanskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, 5–6/2012, 1604. Ипак, нови СГЗ дефинише имовину субјекта грађанских права тако да је чине права и обавезе које се могу изразити у новцу. Вид. нови СГЗ, чл. 94 са алтернативом: „Имовину субјекта грађанских права чине његова имовинска права и обавезе“.

<sup>35</sup> Притом се не поставља питање пропорционалности одузимања. Питање сразмере обима одузимања и тежине кривичног дела које је учињено отворено је у америчкој судској пракси у случају *Austin v. United States* 113 S. Ct. 2801, 2803

вина одузета остају обавезе које оптерећују остатак његове имовине.<sup>36</sup>

### 3.2. Тренутак стицања

Приметно је да наши судови лутају у одговору на питање да ли ова мера погађа само ону имовину која је стечена после дела које се учиниоцу ставља на терет или његову имовину уопште. Тако Апелациони суд у Београду потврђује да је „правилна одлука суда којом је одбијен захтев тужиоца за одузимање имовине окривљеног, јер нема доказа да је иста проистекла из кривичног дела, с обзиром да је стечена пре извршења кривичног дела које је окривљеном стављено на терет.“<sup>37</sup> Али, већ у другој одлуци исти суд заобилази претходни принцип, па истиче да „на одлуку суда о одузимању имовине проистекле из кривичног дела није од утицаја чињеница да је имовина стечена две године раније у односу на дело за које се води поступак, јер се ради о очигледној несразмери између вредности имовине власника и њихових законито стечених прихода“.<sup>38</sup> Слично резонује и Врховни касациони суд. По налажењу тог суда „погрешан је став првостепеног суда када оцену о доказаности околности из којих

---

(1993). У том случају, Ричард Остин (Richard Austin) осуђен је због тога што су код њега пронађена два грама кокаина које је намеравао да прода, а накнадно у цивилном поступку одузета му је кућа и продавница аутомобилских делова (*508 Depot St., 964 F. 2d at 816*). Опширније вид. Robin M. Sackett, „The Impact of Austin v. United States: Extending Constitutional Protections to Claimants in Civil Forfeiture Proceedings“, *Golden Gate University Law Review* 24, 2/1994, 497.

<sup>36</sup> Притом, „сама чињеница да постоји реална опасност да ће се непокретност која је предмет захтева за привремено одузимање имовине отуђити, није довољан разлог, да се одреди привремено одузимање имовине, већ је неопходно да буду испуњени и остали услови прописани у члану 25 у вези са чланом 23 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела“. Решење Апелационог суда у Београду, Кж Пои 8/2016 од 30. новембра 2016. године, *Paragraf Lex*.

<sup>37</sup> „Ценећи исказ окривљеног – власника ових непокретности – да су поменути стан и гаража купљени од новчаних средстава која су добијена на име поклоне за свадбу, те исказа сведока..., који су потврдили да је у октобру месецу 2004. године била организована свадба између окривљеног и његове супруге којој је присуствовало око 250 званица, и да је на име новчаних поклоне младенцима на свадбеном весељу прикупљено око 40.000 еура, правилно закључио да је исказ окривљеног – да је овај новац употребљен за куповину предметног стана, истинит.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 118/2012(2) од 21. марта 2012. године, *Paragraf Lex*.

<sup>38</sup> „Правилно је првостепени суд нашао да није од утицаја на оцену суда да постоји основана сумња да се ради о имовини проистеклој из кривичног дела, а наводи браниоца да се ради о имовини која је стечена до 2003. године а да се против окривљеног води поступак за дело који обухвата период од 2005. до 2007. године, а ово стога што се ради о очигледној несразмери између вредности имовине власника и њихових законито стечених прихода.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 276/2010 од 16. новембра 2010. године, *Paragraf Lex*.

произилази основана сумња да имовина окривљеног проистиче из кривичног дела, везује за конкретно кривично дело, односно за временски период који је у оптужном акту означен као време извршења тог дела (*tempore criminis*) и следствено томе као релевантну узима околност да је предметна имовина окривљеног у целини или већим делом стечена пре означеног периода<sup>39</sup>. Тако екстензиван приступ одузимању имовине отвара, чини се, још сложеније питање да ли по том основу може бити одузета имовина коју је окривљени стекао и пре ступања на снагу Закона о одузимању имовине.<sup>40</sup> Чини се да суд овде ипак мора водити рачуна о кривичноправној суштини те мере, тако да имовина недвосмислено стечена пре ступања на снагу ЗОИ не би смела бити предмет одузимања.<sup>41</sup> Према начелу законитости, никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено.<sup>42</sup>

### 3.3. Одсуство доказивања каузалитета

У примени ове кривичноправне мере долази до изражаја разлика између криминалне користи која је криминална стечевина у ужем смислу и чини је она имовина чије је присвајање (прибављање) директна или индиректна последица одређеног кривичног дела и криминалне стечевине у ширем смислу, која је резултат бављења криминалом, односно обухвата и ону имовину за коју се не може са сигурношћу утврдити да је последица кривичног дела, али за њу нема оправдања у законитим приходима.<sup>43</sup> Сходно поменутој

<sup>39</sup> Сентенца из пресуде Врховног касационог суда, Кзз 12/11 од 23. марта 2011. године, *Paragraf Lex*.

<sup>40</sup> Тако је у једном поступку пуномоћник трећег лица, чини се с правом, истакао чињеницу да је предметни стан стечен 1999. године, дакле, десет година пре него што је Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела ступио на снагу и да „ретроактивност кривичног законодавства представља повреду начела правне сигурности приватне својине гарантовану Уставом“. Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 334/2013 од 19. децембра 2013. године, *Paragraf Lex*.

<sup>41</sup> Правила о временском важењу кривичног законодавства су недвосмислена. (1) На учиниоца кривичног дела примењује се закон који је важио у време извршења кривичног дела. (2) Ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, примениће се закон који је најблажи за учиниоца. КЗ, чл. 5.

<sup>42</sup> КЗ, чл. 1. Према неким ауторима, ако не квалификујемо ову меру као казну, онда је дозвољена њена ретроактивна примена. Милимир Говедарица, Драгана Вујић, „Упоредноправни системи одузимања незаконите имовине сагледани кроз одлуке Европског суда за људска права“, *Правна ријеч* 33/2012, 407.

<sup>43</sup> Чини се да би управо синтагма одузимање криминалне стечевине у нашем законодавству, с једне стране, сликовитије истакла разлику између ове кривич-



дихотомији, у једној одлуци српски суд наглашава да, „за разлику од института одузимања имовинске користи, у поступку одузимања имовине проистекле из кривичног дела није потребно доказати узрочно-последичну везу између конкретног кривичног дела и стечене имовинске користи,<sup>44</sup> већ је битна несразмера између вредности имовине и законитих прихода лица коме се имовина одузима“.<sup>45</sup> Отуда ову кривичноправну меру скраћено можемо звати и *одузимање због несразмере*.

### 3.4. Несразмера

Несразмера улази у сам појам криминалне стечевине (у ширем смислу); ако је очигледна, она је довољан услов за одузимање. Таквом стечевином се сматра имовина окривљеног, сведока сарадника или оставиоца која је у очигледној несразмери са њиховим законитим приходима.<sup>46</sup> Притом је „ирелевантна чињеница да ли је окривљени предметну имовину стекао извршењем кривичног дела за које је оптужен, или неком другом криминалном активношћу“.<sup>47</sup>

### 3.5. *Onus probandi*

Обично се каже да је у поступку одузимања криминалне стечевине терет доказивања на окривљеном. Он мора да докаже како је одређено добро у његовој имовини законито стечено,<sup>48</sup> што његову

---

ноправне мере и одузимања имовинске користи, а с друге стране, довољно јасно указала на околност да се субјекту овог поступка не одузима целокупна имовина већ један фонд у оквиру имовине – његова криминална стечевина (тековина). Отуда ћемо надаље у овом раду израз криминална стечевина користити у ширем смислу, за ону имовину која је у очигледној несразмери са законитим приходима лица на које је усмерено одузимање.

<sup>44</sup> „Није потребно доказивати да имовина чије се одузимање тражи проистиче управо из кривичног дела поводом ког се води поступак.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 2352/2012 од 20. септембра 2012. године.

<sup>45</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 406/2012 од 16. октобра 2012. године, *Paragraf Lex*. „Нејасан је закључак првостепеног суда да с обзиром на животну доб и дужину радног стажа родитеља окривљеног постоји реална могућност да су ова лица разлику од укупне вредности имовине могла стећи кроз уштеђевину у току радног века.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 86/2010 од 22. априла 2010. године, *Paragraf Lex*.

<sup>46</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 4046/2010 од 17. децембра 2010. године, *Paragraf Lex*.

<sup>47</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По2 31/2012 од 12. јула 2012. године, *Paragraf Lex*.

<sup>48</sup> „Уколико окривљени тврди да је збир његових законито стечених прихода већи него што је то проценио суд на основу евиденције надлежног државног органа, дужан је да достави конкретне доказе о уплатама, односно пријему новца који

позицију не чини баш завидном.<sup>49</sup> Притом несразмера није дефинисана као појам, већ се само захтева да она мора бити очигледна<sup>50</sup> и као таква представља правни стандард чије је попуњавање препуштено суду.<sup>51</sup> Занимљиво је да се правни стандард очигледна несразмера јавља и у грађанском праву код зеленашких уговора,<sup>52</sup> с тим што ови

оправдавају поменути тврдњу. Како одбрана ни сам окривљени, нису доставили суду доказе из којих би се видело да је он стварно по истакнутим основама и приходовао, већ су достављени само уговори о закупу пословног простора и уговори о раду, а не и докази о плаћању, односно примању новца од стране окривљеног исти нису узети у обзир приликом обрачуна.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 65/2014 од 24. фебруара 2014. године, *Paragraf Lex*. „Окривљеном је дата могућност да докаже законитост стеченог новца којим је куповао предметне покретне и непокретне ствари, као и законитост стеченог новца који је стављао на штетњу у разним банкама, који су му предметним решењем одузети, но окривљени, сем уговора о поклонима за део захтева, за који је заменик јавног тужиоца одустао, суду није доставио ни један доказ којим би доказао горе наведено“. Вид. Апелациони суд у Београду Кж2 5081/13, 27. децембар 2013, *Paragraf Lex*.

<sup>49</sup> О пребацивању терета доказивања (енг. *allocation of burdens of proof*) у праву САД, Peter Petrou, „Note, Due Process Implications of Shifting the Burden of Proof in Forfeiture Proceedings Arising out of Illegal Drug Transactions“, *Duke Law Journal* 4/1984, 826. Ипак, неки аутори закључују да формално цивилно одузимање („civil“ forfeitures 21 U.S.C. § 881) ипак представља кривичноправну реакцију (енг. „constitute criminal punishment“) и да из тог разлога сам устав налаже да постојање кривичног дела и докаже (енг. „Constitution therefore requires proof of the underlying offense beyond a reasonable doubt“). Marc B. Stahl, „Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs“, *Journal of Criminal Law and Criminology* 83, 2/1992, 337.

<sup>50</sup> Тако је једном случају суд узимајући у обзир приходе, али и расходе окривљеног и његове четворочлане породице у одређеном периоду утврдио такву диспропорцију и закључио да то несумњиво указује на то да постоји очигледна несразмера између законито стечених прихода окривљеног и вредности стечене имовине, односно да је у конкретном случају реч о несумњиво утврђеној великој диспропорцији, и да све то указује на то да вредност спорне непокретности у вишеструком износу превазилази законито стечене приходе окривљеног, због чега је првостепени суд правилно донео одлуку као у изреци побијаног решења. Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 226/2013 од 17. јуна 2013. године, *Paragraf Lex*. Међутим, у другом сличном случају Суд је „основано одбио захтев Тужилаштва за организовани криминал за одузимање имовине од лица која су пружила доказе о законито стеченим приходима у износу који није у очигледној несразмери са имовином која је предмет захтева“. Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 129/2010 од 2. јуна 2010. године, *Paragraf Lex*.

<sup>51</sup> У неким правним системима предмет одузимања је имовина без порекла. Тако је у праву Аустралије богатство без порекла (енг. „unexplained wealth“) прецизније дефинисано као разлика између укупног богатства лица на кога се поступак односи (енг. „the total value of the respondent's wealth“) и његових законито стечених добара (енг. „the value of the respondent's lawfully acquired wealth“). Criminal Property Confiscation Act 2000, чл. 13, [http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol\\_act/cpca2000333/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/cpca2000333/), 28. јун 2017.

<sup>52</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 141.

стандарди само термилошки поклапају, јер имају сасвим другачији предмет. Док се код зеленашких уговора цени сразмера узајамних давања,<sup>53</sup> предмет оцене код мере одузимања имовине је сразмера вредности имовине окривљеног и његових законитих прихода.

У нашој судској пракси се тако истиче да се „не може прихватити тврдња да је имовина окривљеног проистекла из кривичног дела, ако је у току поступка доказано да је иста прибављена приходима окривљеног, али и приходима чланова његове породице“,<sup>54</sup> које су они реално могли да стекну у спорном периоду.<sup>55</sup> „Приликом процене сразмере између вредности имовине која је предмет захтева за привремено одузимање и законито стечених прихода власника предметне имовине, морају се узети у обзир и законито стечени приходи наведеног лица у иностранству, посебно у случају када је ово лице страни држављанин“,<sup>56</sup> с тим што су судови приликом одређивања несразмере у вредности имовине и законито стечених прихода имали у виду и трошкове живота окривљеног и његове породице.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 87/2006 од 22. фебруара 2006. године, *Paragraf Lex*.

<sup>54</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 44/2013 од 29. јануара 2013. године, *Paragraf Lex*. Приликом утврђивања чињенице да ли је имовина окривљеног у очигледној несразмери са његовим законито стеченим приходима, осим прихода окривљеног, суд мора узети у обзир и приходе чланова његовог домаћинства, па тек након тога утврдити да ли имовина окривљеног *вишеструко и упадљиво превазилази поменуте приходе у збиру*. Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 38/2012(1) од 10. фебруара 2012. године, *Paragraf Lex*. Међутим, у неким ситуацијама ни укупни породични приходи нису довољни да би се доказала сразмера. Тако је у једном случају „Првостепени суд у току поступка утврдио да су трећа лица и када су имали пријављене приходе остваривали зараде једва изнад просека у Републици Србији, а средства која су употребљена за куповину привредних друштава, а која се одузимају, су значајна и управо одговарају финансијским могућностима оних лица чија су примања далеко изнад просека не само у Републици Србији, него у већини добро развијених европских земаља.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 44/2013 од 29. јануара 2013. године, *Paragraf Lex*.

<sup>55</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 118/2012(1) од 21. марта 2012. године, *Paragraf Lex*.

<sup>56</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2. По1 341/2012 од 8. августа 2012. године, *Paragraf Lex*. Међутим, у једној одлуци суд запажа да „износ новца који је уписан у штедној књижици и штедна књижица сама за себе не указује да је новац који је депонован на штедној књижици легалан, односно да је стечен на законит начин, с обзиром да штедна књижица као банкарски документ потврђује само износ депонованих средстава, а не и основ по коме су та средства стечена... У том смислу у предмету не постоји ниједан доказ који би указивао на законито стицање средстава из штедних књижица ни основ стицања истих посебно ако се има у виду чињеница да је плаћање пореза на законито стечене приходе у земљи у којој окривљени тврди да је исте стекао, законска обавеза.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 18/2014(1) од 24. јануара 2014. године, *Paragraf Lex*.

<sup>57</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж 156/2012 од 24. априла 2012. године, *Paragraf Lex*.

У упоредном праву се код одузимања криминалне стечевине (у ширем смислу) „претпоставља да је криминалног порекла разлика између укупне имовине осуђеног и суме која је резултат његових законитих активности“, а на заинтересованом је да обара ову претпоставку.<sup>58</sup> Окривљени не доказује своје право својине уобичајеним доказним средствима, на пример изводом из јавних књига, већ доказује обим и легалност својих прихода. Као што појам имовине овде не одговара садржини појма имовине који му се придаје у грађанском праву већ је посебан (аутономан),<sup>59</sup> тако је аутономан и појам законитог стицања. Суд не испитује пуноважност правног основа, већ је законито само оно стицање које је сразмери са законитим приходима окривљеног.<sup>60</sup> Она имовина коју лице против кога се води поступак оправда, односно докаже њено законито порекло излази из круга имовине која је предмет одузимања.<sup>61</sup>

Међутим, треба истаћи да се у нашој судској пракси другачије гледа на утврђивање чињеница у поступку привременог и трајног одузимања имовине. „Циљ првостепеног суда у поступку привременог одузимања имовине проистекле из кривичног дела није да поуздано и дефинитивно утврди све чињенице, већ се у конкретном случају бави само основаном сумњом да је имовина у очигледној неразумери са законитим приходима окривљеног или трећих лица, док се све остало утврђује у поступку трајног одузимања имовине ако до њега дође.“<sup>62</sup> Сходно томе, у једном случају „захтев тужилаштва за

<sup>58</sup> Жан Прадел, *Компаративно кривично право, Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 28. Основ претпоставке *basis* у очигледној је несразмери, ако она постоји, претпоставља се да је (несразмеран) вишак у имовини криминалног порекла, с тим што се у неким правним ситемима нарочито води рачуна о криминалном начину живота (енг. „*criminal lifestyle*“) лица против кога се води поступак одузимања. Тако за право Енглеске, вид. *Proceeds of Crime Act 2002*, чл. 10 и чл. 85, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>, 28. јун 2017.

<sup>59</sup> Овде очигледно није реч о позајмици појма из приватног права, него се исти термин употребљава као појам самосталног (аутономног) значења. Таква „релативност правних појмова“ несумњиво нарушава правну сигурност. Упор. Д. Поповић, Г. Илић Попов, 25.

<sup>60</sup> Ј. Глушчевић, 22. Притом, „у законите приходе једног лица не спадају само званично евидентирани приходи већ и приходи у виду поклона, финансијске помоћи пријатеља и породице, који се објективно и често дешавају у интерперсоналним односима унутар породице, без правног оквира у смислу закључења формалних уговора. Из наведених разлога, првостепени суд је правилно поступио када се приликом доношења побијаног решења није ослонио искључиво на законите приходе, у смислу евидентираних зарада и ‘очекиваних’ расхода за просечну породицу која подсећа на породицу осуђеног“. Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 432/2013 од 20. новембра 2013. године, *Paragraf Lex*.

<sup>61</sup> Ово у коначном исходу по правилу доводи до заплене добара неизвесног (криминалног) порекла, при чему „судија конфискује добра осуђеног ако она нису у складу са пријављеним приходима. Ж. Прадел, 28.

<sup>62</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж 341/2010 од 13. јануара 2011. године, *Paragraf Lex*.

трајно одузимање имовине је основано одбијен, будући да суду нису приложени докази о пореклу новца којим је купљена имовина привредног друштва, па се не може сматрати да је прибављена вршењем кривичних дела“.<sup>63</sup>

### 3.6. Положај трећих лица у случају одузимања криминалне стечевине

Сходно ЗОИ, имовина проистекла из кривичног дела може се одузети само од лица које је учинилац кривичног дела или од физичког или правног лица на које је пренета имовина проистекла из кривичног дела.<sup>64</sup> Морамо приметити да је појмовник по коме се трећим лицем сматра физичко или правно лице на које је пренета имовина проистекла из кривичног дела,<sup>65</sup> док се правним следбеником сматра наследник осуђеног, сведока сарадника, оставиоца, трећег лица или њихових наследника, опет самосталан (аутономан). Према општим правилима грађанског права, лице на које је пренета имовина такође је правни следбеник.<sup>66</sup> Доследно томе, за институт који је ЗОИ обухватио појмом треће лице у нашем „правном речнику“ далеко прикладнији био би појам (формални) „прибавилац“,<sup>67</sup> с тим што

<sup>63</sup> Ако суду није „пружен ниједан доказ да је од стране сада осуђеног новца прибављен вршењем кривичних дела унет преко невенчане супруге у треће лице привредно друштво, правилно је првостепени суд захтев тужилаштва за трајно одузимање имовине и у овом делу одбио као неоснован.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 104/2013 од 2. априла 2013. године, *Paragraf Lex*. Друкчије казано, „недоказаност претпоставке тужиоца о постојању очигледне несразмере између имовине окривљеног и његових законитих прихода представља разлог за одбијање захтева за трајно одузимање имовине окривљеног“. Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 149/2013 од 15. маја 2013. године, *Paragraf Lex*.

<sup>64</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 201/2012 од 25. маја 2012. године, *Paragraf Lex*. Тако се трећим лицем у смислу Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела не сматра лице које је на окривљеног пренело одређену имовинску корист. Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 92/2011 од 21. априла 2011. године, *Paragraf Lex*.

<sup>65</sup> Према мишљењу неких аутора, из околности да одузимање имовине може погодити и правне следбенике и наследнике произилази да одузимање имовине и није кривична санкција због тога што казна не може бити изречена лицу које није извршило кривично дело или није кривично одговорно или није доказано да га је оно извршило. Јелена Перишић, „Одузимање имовине стечене кривичним делом са посебним освртом на утицај одлуке о одузимању имовине на породицу окривљеног“, *Право – теорија и пракса* 28, 1–3/2011, 64–84.

<sup>66</sup> Овако широко дефинисање је резултат потребе да се неко лице не провуче „испод радара“ овог закона, али морамо приметити да се жеља за тако широким захватом у великој мери одразила на разумљивост саме норме.

<sup>67</sup> „Правилна је одлука суда којом је од трећег лица привремено одузета имовина, имајући у виду чињеницу да је треће лице само *формални купац* спорних некретнина, а да је њихов стварни купац окривљени, при чему је вредност прибављених некретнина у очигледној несразмери са законито стеченим приходима

би таквом селекцијом назив треће лице остао слободан за сва остала лица са неким правним интересом у односу на предмете из криминалне стечевине.<sup>68</sup>

По свом обиму, одузимање због несразмере упоредиво је са конфискацијом.<sup>69</sup> У оба случаја потребна је одлука суда,<sup>70</sup> али се чини да је одузимање криминалне стечевине по неким особинама тежа кривичноправна последица од конфискације, пре свега у погледу њеног дејства у односу на трећа лица и правне следбенике (наследнике и сл.).<sup>71</sup> Ипак, свеобухватност и код одузимања криминалне

окривљеног. У периоду од када су наведени станове купљени, као ни у претходном периоду почев од 2004. године, према подацима добијеним од Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање и од Министарства финансија, Пореска управа централа, Сектор за контролу окривљени није остваривао приходе из радног односа, а приходи које је остваривао ван радног односа су испод годишњег просека бруто месечне зараде у Републици Србији. С обзиром на висину купопродајне цене за наведене станове која за оба стана износи преко 300.000 евра, очигледно је да финансијска средства којима су плаћени ови станове окривљени није обезбедио из својих легалних прихода која је остваривао по основу рада или ван радног односа у време куповине наведених непокретности... Стога суд налази да постоји оправдана сумња да средства за куповину предметног стана представљају имовину проистеклу из кривичног дела у смислу одредбе члана 3, став 1 тачка 2 ЗОИ.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 304/2012 од 13. јула 2012. године, *Paragraf Lex*.

<sup>68</sup> О трећим лицима са правним интересом у погледу предмета одузимања опширније вид. Vazoian Kathy Phelps, Steven Rhode, „The battle over forfeited assets: Third party claims and cooperation agreements“, *The Ponzi Book: A Legal resource for unraveling Ponzi Schemes*, LexisNexis, 2012.

<sup>69</sup> „За разлику од конфискације која је изрицана појединцима као казнена мера, национализација је изрицана у појединим привредним делатностима, на основу Закона о национализацији једнако за сва лица која су се наша у истој правној ситуацији, независно од њихове идеолошке, националне или политичке припадности.“ Решење Вишег суда у Суботици, Рех 189/2014(1) од 8. децембра 2014. године, *Paragraf Lex*.

<sup>70</sup> Није дошло до преноса непокретности на државу по основу конфискације имовине ако конфискација у погледу те непокретности није извршена одлуком суда... „ова непокретност није обухваћена у попису имовине која се конфискује, нити је у земљишним књигама спроведена конфискација ове имовине“. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 1310/2010 од 13. априла 2011. године, *Paragraf Lex*.

<sup>71</sup> „Даном смрти физичког лица имовина прелази на наследнике по сили закона, па њена конфискација након смрти титулара права својине недвосмислено указује на присуство националних, политичких и/или идеолошких разлога у поступању државног органа, које представља повреду права на имовину, зајемченог Уставом и општеприхваћеним правилима међународног права.“ Решење Вишег суда у Суботици, Рех 137/2014 од 23. октобра 2014. године, *Paragraf Lex*. У случају конфискације трећа лица су имала могућност излучења. „Благовременост тужбе којом се тражи излучење од конфискације, рачуна се од објављивања решења о конфискацији на судској табли. Но ако се дан објаве не може утврдити, онда рок за излучну тужбу почиње тећи од дана када су заинтересована лица обавештена о одузимању имовине због конфискације.“ Пресуда Савезног врховног суда, Гз. 2/58 од 15. фебруара 1958. године, *Paragraf Lex*.

стечевине има одређене изузетке. У том контексту, суд наглашава да се од трећег лица не може одузети имовина за коју постоји основана сумња да је проистекла из кривичног дела уколико не постоје докази да је спорна имовина пренета на то лице.<sup>72</sup> Додатно се истиче да се не може одузети ни имовина трећег лица за коју постоје докази да је легално стечена, иако суд сматра да се налази у фактичкој власти окривљеног.<sup>73</sup>

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Глушчевић, Ј., *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација) Београд 2015. (Gluščević, J., *Oduzimanje imovine stečene krivičnim delom*, doktorska disertacija, Beograd 2015)
- Говедарица, М., Вујић, Д., „Упоредноправни системи одузимања незаконите имовине сагледани кроз одлуке Европског суда за људска права“, *Правна ријеч* 33/2012. (Govedarica, M., Vujić, D., „Uporednopravni sistemi oduzimanja nezakonite imovine sagledani kroz odluke Evropskog suda za ljudska prava“, *Pravna riječ* 33/2012)
- Hart, P. G., „International asset of corruption related asset recovery, Switzerland“, *Recovering Stolen Assets* (ed. M. Pieth), Peter Lang, Bern 2008.
- Henzelin, M., Giroud, S., Rordorf, H., „Switzerland“, *Getting the Deal Through, Asset Recovery* 2015 (eds. J. Tickner, S. Gabriel), Law Business Research Ltd, London 2014.
- Kilchling, M., „Finance – orientied strategies of organized crime control“, *The Oxford Handbook of Organized Crime* (ed. L. Paoli), Oxford University Press, Oxford 2014.
- Кокољ, М., Лазин, Ђ., *Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву*, Београд 1986. (Kokolj, M., Lazin, Đ., *Imovinske krivične sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Beograd 1986)

<sup>72</sup> ЗОИ прецизно дефинише „треће лице“ као физичко или правно лице на које је пренета имовина за коју постоји основана сумња да је проистекла из кривичног дела, при чему је неопходан само објективан услов – да је имовина пренета. „Половина стана која је привремено одузета од А. А.1 није на њу пренета, већ се ради њеној посебној имовини“. Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 38/2012(2) од 10. фебруара 2012. године, *Paragraf Lex*.

<sup>73</sup> Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 123/2012 од 26. марта 2012. године, *Paragraf Lex*.

- Лајић, О., „О правној природи института одузимања имовине проистекле из кривичног дела“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2010. (Lajić, O., „O pravnoj prirodi instituta oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2010)
- Лајић, О., „Упоредни преглед система за истраживање и одузимање имовине стечене криминалом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2012. (Lajić, O., „Upredni pregled sistema za istraživanje i oduzimanje imovine stečene kriminalom“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012)
- Лајић, О., „Има ли алтернативу одузимање имовине стечене криминалом које се спроводи у кривичном поступку?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2013. (Lajić, O., „Ima li alternativu oduzimanje imovine stečene kriminalom koje se sprovodi u krivičnom postupku?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2013)
- Levi, M., „Taking the Profit Out of Crime: The UK Experience, Cardiff: University of Wales“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 5, 3/1997.
- Лукић, Р., Кошутећ, Б., *Увод у право*, Београд 2004. (Lukić, R., Košutić, B., *Uvod u pravo*, Beograd 2004)
- Лукић, Н., *Сузбијање организованог криминалитета, Компаративни приступ*, Београд 2014. (Lukić, N., *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta, Komparativni pristup*, Beograd 2014)
- Matthews, M., „Civil Asset Forfeiture and the Constitution“, *Institute for Policy Innovation Ideas* 70/2016, [http://www.ipi.org/docLib/20160218\\_CivilAssetForfeitureFinal.pdf](http://www.ipi.org/docLib/20160218_CivilAssetForfeitureFinal.pdf), 28. јун 2017.
- Никшић, С., „Имовина у грађанском праву“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 62, 5–6/2012.
- Petrou, P., „Note, Due Process Implications of Shifting the Burden of Proof in Forfeiture Proceedings Arising out of Illegal Drug Transactions“, *Duke Law Journal* 4/1984.
- Перишић, Ј., „Одузимање имовине стечене кривичним делом са посебним освртом на утицај одлуке о одузимању имовине на породицу окривљеног“, *Право – теорија и пракса* 28, 1–3/2011. (Perišić, J., „Oduzimanje imovine stečene krivičnim delom sa posebnim osvrtom na uticaj odluke o oduzimanju imovine na porodicu okrivljenog“, *Pravo – teorija i praksa* 28, 1–3/2011)
- Phelps, B. K., Rhode, S., „The battle over forfeited assets: Third party claims and cooperation agreements“, *The Ponzi Book: A Legal resource for unraveling Ponzi Schemes*, LexisNexis, 2012.



- Поповић, Д., Илић Попов, Г., „Однос пореског и приватног права“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2016. (Popović, D., Ilić Popov, G., „Odnos poreskog i privatnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016)
- Прадел, Ж., *Компаративно кривично право, Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Pradel, Ž., *Komparativno krivično pravo, Sankcije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)
- Sackett, R. M., „The Impact of Austin v. United States: Extending Constitutional Protections to Claimants in Civil Forfeiture Proceedings“, *Golden Gate University Law Review* 24, 2/1994.
- Симовић, М. Н., Јовашевић, Д., „Појам, врсте и сврха казни у Републици Српској“, *Правне теме* 2, 3/2014. (Simović, N. M., Jovašević, D., „Pojam, vrste i svrha kazni u Republici Srpskoj“, *Pravne teme* 2, 3/2014)
- Stahl, M. B., „Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs“, *Journal of Criminal Law and Criminology* 83, 2/1992.
- Стојановић, Д., Антић, О., *Увод у грађанско право*, Београд 2004. (Stojanović, D., Antić, O., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2004)
- Стојановић, З., Коларић, Д., *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета тероризма и корупције*, Београд 2014. (Stojanović, Z., Kolarić, D., *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta terorizma i korupcije*, Beograd 2014)
- Стојановић, З., *Кривично право*, Београд 2015. (Stojanović, Z., *Krivično pravo*, Beograd 2015)
- Stone, J. R., *The Routledge Dictionary of Latin Quotations: The Illiterate's Guide to Latin Maxims, Mottoes, Proverbs, and Sayings*, Routledge, New York – London 2005.
- Тањевић, Н., „Реформисање мере одузимања имовинске користи“, *Безбедност* 52, 3/2010. (Tanjević, N., „Reformisanje mere oduzimanja imovinske koristi“, *Bezbednost* 52, 3/2010)
- Шкулић, М., *Организовани криминалитет*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2002. (Škulić, M., *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2002)
- Вићентијевић, М., „Закон о одузимању имовине проистекле из кривичних дела и разлика у односу на претходни систем одузимања имовине стечене криминалом“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/2009. (Vićentijević, M., „Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnih dela i razlika u odnosu na prethodni

sistem oduzimanja imovine stečene kriminalom“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 3/2009)

Водинелић, В., *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012. (Vodinelić, V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012)

Врекић, Д., *Мера одузимања имовинске користи у кривичном праву*, Нови Сад 1997. (Vrekić, D., *Mera oduzimanja imovinske koristi u krivičnom pravu*, Novi Sad 1997)

Nenad Tešić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## WHETHER THE RIGHT OF PURSUIT IS CONSTITUTIONAL PROPERTY INTEREST PROTECTIBLE AGAINST THE STATE

### *Summary*

The author, in this paper, is looking for Ariadne's thread, which would help us to find the way through the legal labyrinth composed of justified reaction of the state in the war against organized crime, from one side and what is considered an appropriate protection of secured creditors subjective rights, from the other side.

He points out that in resolving a dilemma, does the mortgagee have the right to enforce its debt against the Republic of Serbia (right of pursuit), in case if the extended confiscation of property (proceeds of crime) includes subject-matter of mortgage, the court should take into account does the mortgagee know or should know about criminal origins of encumbered assets.

The court should evaluate a good faith of the mortgagee, bearing in mind all the circumstances of the case, especially:

- 1) The moment of a mortgage establishment, i.e. whether the registration of mortgage is prior in time to the initiation of a property freezing procedure;
- 2) Overall business and other relations between mortgagee and mortgagor, i.e. are these parties associated in any other way?

- 3) Objective changes in the economic position of mortgagee and mortgagor, i.e. is the security agreement true or simulated, in particular, whether the value of the secured claim actually enhanced the property of the mortgagor and at what consideration.

Key words: *Extended confiscation. – Proceeds of crime. – Innocent third parties. – Right of pursuit.*

Article history:

Received: 29. 6. 2017.

Accepted: 4. 9. 2017.

Др Сандра Фишер Шобот\*

## OPEN-PRICE УГОВОРИ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ – ОДНОС ЧЛАНОВА 14 И 55 КОНВЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

*Рад садржи анализу односа чланова 14 и 55 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе. Чланом 14, ст. 1 БК предвиђено је да је за постојање понуде неопходно да цена у њој буде барем одредива, док чл. 55 БК полази од претпоставке да уговор може да буде пуноважно закључен а у њему цена не буде одређена или одредива. Из језичког тумачења наведених норми произлази противречност, а основ контроверзи представља то што се у чл. 14, ст. 1 БК упућује на довољно одређену цену и open-price правило из чл. 55 БК. У теорији и пракси је спорно какав је однос између тих норми, ако уопште постоји. У раду су изложена најзначајнија доктринарна схватања, а аутор настоји да одговори на који начин та противречност може да се реши.*

Кључне речи: *Међународна продаја робе. – Понуда. – Цена. – Open-price уговори.*

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА И ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Уговори о међународној продаји робе, по правилу, одређују цену. Чак и када у уговору цена није одређена ни одредива, тешко је замисливо да уговорне стране при закључењу уговора немају сазнања о цени робе због тога што је плаћање цене од купца разлог обавезивања продавца (*causa*)<sup>1</sup> и што одређивање цене робе има пресудан значај за

---

\* Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, [sfiser@pf.uns.ac.rs](mailto:sfiser@pf.uns.ac.rs).

<sup>1</sup> Вид. Стеван Шогоров, Зоран Арсић, *Уговори трговинског права*, Нови Сад 2014, 49.

економски успех уговора. Међутим, у међународној трговини често се закључују уговори о продаји у којима цена није одређена ни одредива него је остављена отвореном (*open-price* уговори).

Према чл. 14, ст. 1 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе<sup>2</sup> (даље: БК) из 1980. године, понуда је предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица, који је довољно одређен и који указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају њеног прихватања. Предлог је довољно одређен ако означава робу и изричито или прећутно утврђује количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање. Проблематично може да буде *a contrario* тумачење чл. 14, ст. 1 БК, односно да се једнострана изјава воље понудиоца не може сматрати понудом ако предлог за закључење уговора није довољно одређен у погледу цене, тј. уколико у њему цена није одређена ни одредива. Уколико таква изјава не представља понуду, она не може да буде прихваћена у складу са чл. 18 БК и уговор о међународној продаји робе не може да настане.

У чл. 14, ст. 1 БК предвиђено је да цена у понуди мора да буде изричито или прећутно одређена или бар одредива.<sup>3</sup> Тај захтев је испуњен уколико се предвиди цена по комаду или количини робе, а другој уговорној страни се остави да одреди број комада или количину робе.<sup>4</sup> Такође, цена се сматра довољно одређеном и када је није могуће утврдити у време закључења уговора, на пример, ако стране уговоре да ће купац платити текућу цену у време испоруке.<sup>5</sup> Битно је да понуда садржи одредбу на основу које цена може да се одреди<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе – БК, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10–1/84 од 31. децембра 1984.

<sup>3</sup> Вид. Jack Graves, „CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review (Annals FLB)* 3/2011, 133 и фн. 34. Према другом мишљењу, чл. 14, ст. 1 БК не наводи се да ће понуда бити обавезујућа ако у њој цена није одређена ни одредива него само да неће бити довољно одређена. Вид. више Herbert Berstein, Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe – A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Cambridge 1997, 36.

<sup>4</sup> Вид. Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München 2000<sup>3</sup>, 183; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, New York 2012, 130.

<sup>5</sup> *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat (Secretariat Commentary)*, UN DOC. A/CONF. 97/5, 21; Petar Šarčević, Paul Volken (eds.), *International Sale of Goods (Dubrovnik Lectures)*, New York 1986, 121; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, 130. Вид. одлуку у предмету *Austria, 10 November 1994, Supreme Court (Chinchilla furs case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941110a3.html>, 29. јун 2017. Стране су утврдиле распон цена, а цена је у конкретном случају требало да буде одређена према квалитету испоручене робе (крзна).

<sup>6</sup> Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, 413.

(на пример, стране одреде метод одређивања цене<sup>7</sup> или купац поручи робу навођењем ценовника или каталога продавца<sup>8</sup> или продавац понуду учини слањем својих ценовника<sup>9</sup>). Цена је одредива и када се подразумева. То ће редовно бити случај код куповине резервних делова или робе реномираних произвођача.<sup>10</sup> У том случају сматра се да је купац пристао да плати цену предвиђену ценовником продавца. Одредивост цене може произлазити и из праксе успостављене између страна, тј. из претходних уговора о продаји исте врсте робе. И последње, изостављање података о цени у понуди некада указује на прећутно одређену цену која треба да се утврди тумачењем. При тумачењу треба утврдити стварну вољу уговорних страна, која се најчешће огледа у извршењу уговора. Национални судови су показали одређену флексибилност у односу на то питање, те су сматрали да је цена довољно одређена када је одређена или одредива на неки начин.<sup>11</sup>

С друге стране, према чл. 55 БК, када је уговор пуноважно закључен, али ни изричито ни прећутно не одређује нити садржи

<sup>7</sup> Loukas Mistelis, „Article 55 CISG: The Unknown Factor“, *Journal of Law and Commerce* 25, 6/2005, 289, 290. Вид. одлуку у предмету *Austria, 10 November 1994, Supreme Court (Chinchilla furs case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941110a3.html>, 29. јун 2017.

<sup>8</sup> Wulf-Henning Roth, Christian Kunz, „Zur Bestimmbarkeit des Preises im UN-Kaufrecht“, *Recht der Internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* 43, 1997, 1: 17–21. Secretariat Commentary, 21. Вид. одлуку у предмету *Germany, 10 October 2001, Appellate Court Rostock (Frozen food case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011010g1.html>, 29. јун 2017. (купац је поручивао робу на основу ценовника продавца).

<sup>9</sup> *Austria, 15 June 2000, Appellate Court Graz (Ski shoes case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000615a3.html>, 29. јун 2017.

<sup>10</sup> Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin – Heidelberg 2010, 105; W. H. Roth, C. Kunz, 1: 17–21; Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987, 141. *Switzerland, 5 December 1995, Commercial Court St. Gallen (Computer hardware devices case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205s1.html>, 29. јун 2017.

<sup>11</sup> Вид. више Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, Marisa Pagnattaro, „The Interpretative Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence“, *Northwestern Journal of International Law and Business* 2/2004, 338. Вид. одлуку у предмету *France, 22 April 1992, Appellate Court Paris (Fauba v. Fujitsu)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920422f1.html>, 29. јун 2017. Суд је сматрао да је уговорном одредбом о одређивању цене у складу са тржишним кретањима, цена довољно одређена. *Germany, 3 August 2005, District Court Neubrandenburg (Pitted sour cherries case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050803g1.html>, 29. јун 2017. Суд је заузео став да је довољно да фактори нужни за одређивање цене постоје у каснијем тренутку. Цена је одредива чак и онда. У предмету *Chinchilla furs case*, суд је утврдио да је цена довољно одређена тако што су стране дефинисале ценовни оквир за робу. Стране у конкретном случају нису одредиле метод одређивања цене.

одредбу о одређивању цене, сматра се да су стране, уколико не постоји индиција за супротно, прећутно упутиле на цену која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној струци за такву робу продату под сличним околностима.<sup>12</sup> Приликом анализе ове одредбе треба имати у виду да српски текст у Закону о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе<sup>13</sup> из 1984. године није истоветан поменутој формулацији.<sup>14</sup> Из српског текста БК произлази да неодређивање цене у уговору подразумева да су стране прећутно пристале на одређену цену, док је из енглеског текста јасно да се у случају *open-price* уговора сматра да су стране прећутно упутиле на одређену цену, а не да постоји њихов прећутни пристанак.

Основна сврха чл. 55 БК је да се створи механизам за одређивање цене када је уговор пуноважно закључен, а цена није ни одређена ни одредива. Међутим, треба имати у виду да чл. 55 БК не може да се користи као замена за споразум страна у погледу цене.<sup>15</sup> Наведено важи када постоји споразум страна о одређивању цене, а она не буде одређена у складу са споразумом<sup>16</sup> или накнадно постане неодредива.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> То је ауторкин превод званичног енглеског текста конвенције. На енглеском језику, који је један од шест званичних језика Конвенције, чл. 55 БК гласи: *Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.*

<sup>13</sup> *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84.

<sup>14</sup> Српски текст чл. 55 БК гласи: „Кад је уговор ваљано закључен а да цена за продату робу није у уговору ни изричито ни прећутно одређена нити у њему има одредби на основу којих би се могла утврдити, сматраће се, ако није супротно наведено, да су стране прећутно пристале на цену која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној струци за такву робу продату под случним околностима.“

<sup>15</sup> Вид. одлуку у предмету *Germany*, 9 May 2000, *District Court Darmstadt (Video recorders case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html>, 29. јун 2017.

<sup>16</sup> Вид. пара. 3.3. одлуке у предмету *Russia*, 9 April 2004, *Arbitration proceeding 129/2003*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040409r1.html>, 29. јун 2017. Стране су уговориле да је нужно да буде одређена цена за робу која ће бити испоручена у одређеном периоду. Споразум страна о цени требало је да уследи у моменту каснијем у односу на време закључења уговора. У арбитражној одлуци је заузет став да такав споразум имплицира да су стране цену сматрале битним елементом уговора. Сходно томе, неодређивање цене има за последицу да уговор о продаји за одређени период није закључен.

<sup>17</sup> Вид. Larry A. DiMatteo, „Critical Issues in the Formation of Contracts under the CISG“, *Annals FLB* 3/2011, 67. Вид. одлуку у предмету *Russia*, 3 March 1995, *Arbitration proceeding 309/1993 (Implicit agreement on price case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950303r1.html>, 29. јун 2017. Стране су уговориле да ће цену одредити

У случају када је уговор пуноважно закључен, чл. 55 БК полази од претпоставке да су стране прећутно упутиле на текућу цену<sup>18</sup> која је постојала у тренутку закључења уговора. Притом треба имати на уму да питање пуноважности уговора у складу са чл. 4 БК није регулисано конвенцијом.<sup>19</sup>

Чланом 14, ст. 1 БК предвиђено је да цена у понуди мора бити барем одредива, јер се у супротном изјава воље не сматра понудом, док се у чл. 55 БК претпоставља супротна ситуација да је уговор закључен а да у њему цена није била одређена или одредива. Из језичког тумачења тих норми произлази противречност и поставља се питање да ли је и под којим условима могуће да настане уговор у коме цена није одређена ни одредива. Док чл. 14, ст. 1 БК претежно садржи претпоставку који елементи представљају битне елементе понуде,<sup>20</sup> у чл. 55 БК прихвата се да стране не морају да сматрају да је цена један од њих.<sup>21</sup> Управо због те чињенице неки аутори сматрају да чл. 55 БК представља тријумф начела аутономије воље.<sup>22</sup>

Основ контроверзи представља упућивање у чл. 14, ст. 1 БК на довољно одређену цену и *open-price* правило из чл. 55 БК. У теорији

---

десет дана пре Нове године, али то нису урадиле. Арбитража је утврдила да у датом случају уговор није настао. Вид. такође резоновање суда у предмету *Pitted sour cherries case*, III, пара. 3.

<sup>18</sup> У теорији права међународне продаје постоји сагласност да појам текуће цене произлази из чл. 55 БК и да израз „цена која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној струци за такву робу продату под случним околностима“ означава текућу цену. Тако Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, 749; K. Schmidt (Hrsg.), 684; Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, München 2004, 2642; UNCITRAL, *2012 UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, New York 2012, чл. 76, пара. 8, доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-76.html#18>, 29. јун 2017; Сандра Фишер Шобот, „Постојање текуће цене као услов за апстрактно одмеравање накнаде штете у праву међународне и домаће продаје“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 355. О појму текуће цене вид. Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд, 2012, 322, 323.

<sup>19</sup> Вид. више код Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München 2011, 64, 65.

<sup>20</sup> У домаћој теорији постоје схватања да су у чл. 14(1) БК предвиђени битни елементи уговора о међународној продаји. Вид. Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012, 420; Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006, 117.

<sup>21</sup> L. Mistelis, 286.

<sup>22</sup> *Ibid.*



је спорно какав је однос између тих норми, ако уопште постоји, па је у том смислу потребна детаљнија анализа. Реч је о теоријском и практичном питању, које ће бити релевантно када нису испуњене претпоставке из чл. 14, ст. 1 БК о одређености цене, односно када цена није ни прећутно учињена одредивом, и када примена чл. 14, ст. 1 БК није искључена.

## 2. ОДНОС ЧЛАНОВА 14 И 55 КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

### 2.1. Историјски преглед

Питање садржаја чланова 14 и 55 БК и њиховог односа постављено је приликом израде нацрта и доношења БК.<sup>23</sup> Према првом нацрту, било је довољно да понуда предвиђа „да цена треба да буде плаћена“<sup>24</sup>, али већ у чл. 12, ст. 1 Њујоршког нацрта унето је правило које одговара чл. 14, ст. 1 БК.<sup>25</sup> На Бечкој конференцији настављена је расправа о томе да ли треба дозволити да се уговор закључи и у случају тзв. *open-price* уговора.<sup>26</sup>

### 2.2. Случајеви у којима не постоји колизија чл. 14, ст. 1 БК и чл. 55 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе

У одређеним случајевима не поставља се питање односа чл. 14, ст. 1 БК и чл. 55 БК, односно евентуална празнина у уговору попуњава се у складу са чл. 55 БК. Прво, с обзиром на то да БК оставља могућност делимичне ратификације<sup>27</sup>, постоје државе које

<sup>23</sup> Вид. више Jelena Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb 1981, 46–48.

<sup>24</sup> Вид. више Ingeborg Schwenzer (ed.), Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2016<sup>4</sup>, 278; P. Schlechtriem (Hrsg.) (2000), 183.

<sup>25</sup> Полазиште при изради чл. 14, ст. 1 БК представљало је решење да цена не мора бити одређена у понуди. Међутим, у току рада УНЦИТРАЛ-а прешло се на диспозитивно правило да цена мора бити одређена или одредива у понуди, а „на крају (се) дошло до онога што звучи као императивно правило да цена мора бити одређена или одредива у понуди“. Тако М. Живковић, 117.

<sup>26</sup> Неке делегације су предлагале да се избрише друга реченица чл. 14, ст. 1 БК, док су се представници других земаља залагали да се о односу чл. 14, ст. 1 и чл. 55 БК накнадно одлучи у поступку већања. Вид. више Paul Amato, „U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods – The Open Price Term and Uniform Application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts“, *Journal of Law and Commerce*, 1993, 10, 11 и фн. 51, 52; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), 229; I. Schwenzer, P. Nachev, C. Kee, 135; J. Vilus, 48–49.

<sup>27</sup> Чл. 92(1) БК.

нису ратификовале Део II, који се односи на закључење уговора.<sup>28</sup> У тим државама се на закључење уговора примењују правила меродавног права. Уколико је меродавним правом предвиђено да понуда не мора да садржи податке о цени робе, уговор може пуноважно да се закључи и без одређивања цене. У том случају цена се одређује у складу са чл. 55 БК.

Друго, начело аутономије воље дозвољава странама да свој уговорни однос уреде на начин како њима одговара. У складу са принципом аутономије воље из чл. 6 БК, стране могу да одступе од било које одредбе садржане у БК или да измене њено дејство. Дакле, стране изричито могу да се споразумеју да се на поступак закључења уговора неће применити одредбе садржане у БК и да сам поступак закључења уговора подвргну другачијем правном режиму. Исто тако, стране могу да измене дејство чл. 14, ст. 1 БК и да у том смислу модификују правило о одређености цене (на пример, могу да се споразумеју да ће се понуда сматрати довољно одређеном и ако не садржи све елементе које захтева чл. 14, ст. 1 БК). Осим тога, продавац и купац могу и прећутно да дерогирају правила из чл. 14, ст. 1 БК. Наиме, БК регулише поступак закључења уговора путем понуде и прихвата понуде, што је типичан начин закључења уговора, али не и искључиви.<sup>29</sup> Према ставу Бухера (*Bucher*), захтев ваљане понуде може да се постави само под претпоставком да закључење уговора претпоставља постојање понуде, односно да уговор није могуће закључити на други начин осим путем понуде и њеног прихвата.<sup>30</sup> У међународном пословању уговори се често закључују после дугих преговора током којих су стране размениле низ предлога и противпредлога и постигле споразуме о појединачним питањима пре него што су закључиле коначан уговор.<sup>31</sup> У прилог томе говори и то што се у чл. 55 БК претпоставља да постоји пуноважно закључен уговор, али не и да је уговор пуноважно закључен путем понуде и њеног прихвата, него је могуће да буде закључен и на друге начине. За закључење уговора треба да постоји понашање страна које указује

<sup>28</sup> Данска, Шведска, Норвешка и Финска су, у складу са чл. 92 БК, изјавиле да неће бити везане Делом II БК.

<sup>29</sup> У прилог томе говори и чл. 2.1.1. УНИДРОИТ принципа међународних трговинских уговора из 2016. године (даље: УПЦ), према коме уговор може да се закључи или прихватам понуде или другим понашањем страна које је довољно да покаже њихов споразум. Исто тако Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд 2005, 172.

<sup>30</sup> Paul Piobet, Fritz Sturm, *Mélanges Paul Piobet: recueil de travaux offerts à M. Paul Piobet, Professeur à l'Université de Lausanne*, Bern 1990, 386.

<sup>31</sup> Сандра Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад 2014, 53. Вид. чл. 2.1.1. УПЦ и коментар уз тај члан. Мистелис (*Mistelis*) наводи да се уговори ретко закључују путем понуде и прихвата понуде. Уместо тога, често постоји размена низа изјава, па је тачна понуда недостижан концепт. L. Mistelis, 290.

на постојање обавезујућег споразума. Осим тога, у пракси се уговори често закључују потписивањем.

У теорији не постоји јединствено мишљење о томе када постоји прећутно искључење чл. 14, ст. 1 БК. Према једном ставу, довољно је да постоји намера страна, тј. да су желеле да њихов *open-price* уговор буде обавезујућ.<sup>32</sup> Присталице тог става наводе да докле год је јасна намера уговорних страна да закључе уговор, конструкција конвенције омогућава странама да измене дејство сваке одредбе садржане у њој, укључујући и одредбу о одређености цене из чл. 14, ст. 1 БК. Евентуални проблеми код *open-price* уговора могу да настану у вези са питањем када је јасна намера страна да закључе уговор. Ако су стране своју вољу изразиле извршењем уговора, требало би сматрати да су прећутно одступиле од захтева из чл. 14, ст. 1 БК. У супротном, ако би, на пример, купцу било дозвољено да се при извршењу уговора позива на чл. 14, ст. 1 БК и да тврди да уговор није ни настао, постојала би опасност да несавесно понашање купца буде награђено. С друге стране, ако уговор још није извршен, да ли постоји намера да се уговор закључи, треба да се утврди у складу са чл. 8 БК. У том смислу би се правило из чл. 14, ст. 1 БК могло разумети као упозорење да се олако не претпостави да постоји намера.<sup>33</sup> Према другом мишљењу, за прећутно изузимање чл. 14, ст. 1 БК постојање намере за обавезивањем само по себи није довољно и не може да дерогира захтев да понуда буде довољно одређена.<sup>34</sup> Као разлог за такав став наводи се да понуду представља предлог за закључење уговора упућен одређеном или одређеним лицима, ако је довољно одређен и ако постоји намера за обавезивањем.<sup>35</sup> Прећутно изузимање чл. 14, ст. 1 БК претпоставља се само када уговор буде извршен и поред недостатка у одређивању цене. Коначно, неки коментатори БК заступају још рестриктивнији став и постављају питање да ли и зашто једнострана изјава воље која не представља понуду (јер није довољно одређена) може због испоруке робе да постане ваљана.<sup>36</sup> Присталице прва два става сагласне су да уколико се

<sup>32</sup> Вид. више Предраг Цветковић, *Закључивање уговора о међународној продаји робе*, магистарска теза, Правни факултет у Нишу, Ниш 2000, 67; М. Живковић, 118–119.

<sup>33</sup> Вид. више Ulrich Magnus, „The Scandinavian Reservation under Art. 92 CISG“, 208, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/57–10.pdf>, 29. јун 2017.

<sup>34</sup> Вид. К. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2225; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague 1999<sup>3</sup>, 153.

<sup>35</sup> Вид. прву реченицу чл. 14, ст. 1 БК.

<sup>36</sup> Вид. више К. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2228; Бидлински (*Bydlinski*) говори о парадоксу када из непуноважне понуде путем прихватања може да настане пуноважан уговор. P. Pietet, F. Sturm, 386.

утврди да постоји прећутни споразум страна о изузимању чл. 14, ст. 1 БК, за попуњавање празнине у уговору служи чл. 55 БК.<sup>37</sup> У поменутих случајевима на закључење уговора не примењује се чл. 14, ст. 1 БК, па се сходно томе не поставља питање односа чл. 14, ст. 1 БК и чл. 55 БК.

Стране могу да се споразумеју да ће купац платити цену која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној струци за такву робу под сличним околностима. У том случају понуда се сматра довољно одређеном, а чл. 55 БК се примењује на основу споразума страна.

Коначно, могуће је да из праксе успостављене између страна или из меродавних обичаја произлази да цена у понуди не мора да буде ни одређена ни одредива.<sup>38</sup>

Сматрамо да однос између чл. 14 БК и чл. 55 БК није споран ни када стране уговоре да ће цену одредити треће лице. У том случају, испуњен је захтев из чл. 14 БК о одређености понуде, а треће лице цену може да одреди и према критеријумима из чл. 55 БК. Међутим, ако треће лице не може или не жели да одреди цену, а уговор не садржи ни изричито ни прећутно правило како да се одреди цена, меродавно национално право одлучује о последицама.<sup>39</sup>

### 2.3. Ставови доктрине о односу чл. 14, ст. 1 и чл. 55 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе

Однос чл. 14, ст. 1 БК и чл. 55 БК разматран је у доктрини права међународне продаје. Постоје бројни аргументовани и међусобно супротстављени ставови који то питање додатно проблематизују.

У теорији заступани ставови могу да се групишу на следећи начин. Многи аутори апсолутну предност дају чл. 14, ст. 1 БК.<sup>40</sup> Предлог за закључење уговора представља понуду уколико је упућен

<sup>37</sup> Исто тако, Ingeborg Schwenzer (ed.), Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2010<sup>3</sup>, 260 и 267; К. Schmidt (Hrsg.), 412. У предмету *Pitted sour cherries case*, суд је заузео став да формулација у уговору да ће цена бити одређена „у сезони“ треба да се тумачи као прећутан споразум о сезонској цени продавца за 2003. годину и да се одреди према стандардима из чл. 55 БК. Вид. пара. 6(а) одлуке у предмету *Switzerland, 3 July 1997, District Court St. Gallen (Fabrics case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970703s1.html>, 29. јун 2017.

<sup>38</sup> Вид. чл. 9 БК.

<sup>39</sup> Вид. више I. Schwenzer (ed.) (2010), 264.

<sup>40</sup> Secretariat Commentary, 46; Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG – A new textbook for students and practitioners*, Sellier – European Law Publishers, München 2007, 76; М. Живковић, 123. Вид. више P. Schlechtriem (Hrsg.) (2000), 184; К. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2227; П. Цветковић, 59.

одређеном лицу (лицима), довољно одређен и указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају прихватања. Фарнсворт (*Farnsworth*) и друге присталице овог, прилично рестриктивног става полазе од тога да понуда мора да садржи неки метод одређивања цене да би било могуће закључити пуноважан уговор.<sup>41</sup> С друге стране, чл. 55 БК може да се примени на одређивање цене тек када се утврди постојање пуноважног уговора.<sup>42</sup> У теорији се наводи да је идеја при изради БК била да чл. 14 има предност над чл. 55 БК.<sup>43</sup> Заговорници те идеје истичу да сва три услова треба да буду кумулативно испуњена да би се изјава воље сматрала понудом и да воља страна за обавезивањем не може да замени или надомести недостајући услов одређености понуде. Сматрамо да се овом мишљењу могу упутити озбиљне примедбе. Прво, прихватање тог става имало би у најмању руку контрадикторне последице да се у погледу одређености понуде захтевају строжи услови него за сам уговор о продаји. Друго, уколико се прихвати да чл. 14 БК треба да има предност у односу на чл. 55 БК, оправдано може да се постави питање значаја и сврхе чл. 55 БК.

Други, супротан став, полази од тога да предност има чл. 55 БК и да захтев из чл. 14, ст. 1 БК да цена треба да буде одређена нема дејство.<sup>44</sup> Сходно томе, услов да понуда мора бити довољно одређена у *open-price* уговорима нема значај. Једино је важно да ли је постојала воља страна за обавезивањем, коју оне могу да изразе изричито (чл. 6 БК) и конклюдентним радњама (чл. 8, ст. 3 БК). Према Каролусу (*Karollus*), чл. 14 БК представља само смерницу за тумачење: требало би да постоји претпоставка да стране немају намеру да закључе уговор пре него што је цена одређена или учињена одредивом. Али, ако може да се докаже да су стране имале намеру да закључе уговор и без одређења цене, намера страна треба да има предност.<sup>45</sup> С обзиром на то да чл. 55 БК јасно прихвата могућност постојања пуноважног уговора у коме цена није ни одређена ни

<sup>41</sup> Nina M. Galston, Hans Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York 1984, 3–9; P. Amato, 10.

<sup>42</sup> Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna 1986, 81; Secretariat Commentary, 46; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, München 2003, 2788.

<sup>43</sup> Вид. I. Schwenzler (ed.) (2016), 279 и фн. 95.

<sup>44</sup> Вид. више I. Schwenzler (ed.) (2016), 279; P. Schlechtriem (Hrsg.) (2000), 184; C. M. Bianca, M. J. Bonell, 407; K. Schmidt (Hrsg.), 413; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), 229; М. Живковић, 118.

<sup>45</sup> Martin Karollus, „Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988–1994“, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 1995, 60.

одредива, мора се одбацити тврдња да неодређивање цене у понуди исту чини неваљаном према чл. 14, ст. 1 БК.<sup>46</sup>

Према трећем мишљењу, за оцену односа чл. 14, ст. 1 БК и чл. 55 БК треба разграничити поље примене норми и одговор тражити у систематизацији БК. Чл. 14, ст. 1 БК односи се искључиво на закључење уговора, а чл. 55 БК на уговор у целини.<sup>47</sup> Пошто се у чл. 55 БК не наводи да је пуноважан само уговор који је закључен путем понуде и њеног прихвата, чл. 55 БК има допунску функцију и служи за одређивање цене у пуноважно закљученом *open-price* уговору. С обзиром на различито поље примене норми, између њих не постоји никакав однос, ни колизија. Основно упориште за то мишљење је чињеница да уговор може да настане и на друге начине, а не само путем понуде и њеног прихвата. Осим тога, неки аутори, управо због различитог поља примене норми, разматрају и да ли је захтев за одређеношћу из чл. 14, ст. 1 БК меродаван у време испуњења уговора или се он односи само на време закључења уговора.<sup>48</sup> Присталице таквог става наводе да понуда постаје ирелевантна када уговор буде закључен, а само закључење уговора доказује да је понуда била довољно одређена, независно до тога да ли је у њој постојала одредба о одређивању цене.<sup>49</sup> Чак и ако је понуда била недовољно одређена, закључење уговора може да се изведе из његовог извршења. Тумачење правила која се односе на понуду не може да се примени једном када је уговор закључен. У прилог наведеном говори и то што, према формулацији и његовом месту у конвенцији<sup>50</sup>, чл. 55 БК не обухвата закључење уговора. Штавише, чл. 55 БК претпоставља да постоји пуноважно закључен уговор.

Један од заступаних је и став да чл. 55 БК представља *lex specialis* у оквиру чл. 14, ст. 1 БК за одређивање цене.<sup>51</sup> Полазна премиса тог значајно либералнијег мишљења је да чл. 55 БК има допунску функцију и да омогућава да се „ценом која се редовно наплаћивала у време закључења уговора“ отклони недостатак одређености цене или метода за њено одређивање. Сличан став садржи и Коментар Секретаријата да док постоји намера страна за обавезивањем, правилима којима је регулисана продаја робе могу да

<sup>46</sup> Вид. Н. Bernstein, J. Lookovsky, 35.

<sup>47</sup> Тако К. Schmidt (Hrsg.), 414; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), 230. Вид. Н. Honsell, 106.

<sup>48</sup> Супротан став К. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2228.

<sup>49</sup> С. М. Bianca, M. J. Bonell, 407.

<sup>50</sup> Чл. 55 се налази у Делу III конвенције – „Продаја робе“, док се чл. 14 налази у Делу II конвенције – „Закључење уговора“.

<sup>51</sup> I. Schwenzer, P. Nachev, C. Kee, 135 и фн. 43.

се попуне недостајући услови.<sup>52</sup> Соно (*Sono*) наводи да ће са широм применом конвенције бити тешко тврдити да цена није била означена барем прећутно све док воља понудиоца да буде везан прихватам понуде може на други начин да се утврди.<sup>53</sup> Слично, постоје ставови у теорији да контрадикција може да се разреши тумачењем да се појам „пуноважност“ из чл. 55 БК односи на све услове из уговора осим одређења цене. Ако би се такво схватање прихватило, понуда која је неодређена у погледу цене могла би да се тумачи у светлу чл. 55 БК, тј. могло би се сматрати да прећутно упућује на цену која се редовно наплаћује за исту робу.<sup>54</sup>

Сматрамо да је добра страна наведеног става што у први план истиче начело аутономије воље, па ако постоји воља уговорних страна за обавезивањем, која је накнадно потврђена и извршењем уговора,<sup>55</sup> постављање престојих захтева за одређеност понуде није оправдано и штетило би несметаном одвијању међународне трговине. Друго, поменути став је добар и зато што представља тумачење којим се чланови 14 и 55 БК доводе у склад и не искључује се примена ниједног од њих. Гаро (*Garro*) се залаже за то да се у кодификованом сету правила као што је Бечка конвенција учини потребан напор да се разумеју наизглед инкомпатибилне одредбе тако да се из њих извуче смисао. Надаље истиче да је замисливо и прихватљиво да се значење чл. 14, ст. 1 и чл. 55 БК помири.<sup>56</sup> Сматрамо да уколико у понуди цена није ни изричито ни прећутно одређена нити одредива, у одређеним случајевима треба поћи од тога да су стране у складу са чл. 55 БК прећутно упутиле на цену која се редовно наплаћивала за такву робу у време закључења уговора.<sup>57</sup> То је прихватљиво јер се упућује на објективно одређену цену у време закључења уговора и тиме онемогућава *ex-post* опортунистичко понашање било које од уговорних страна. На тај начин се обе стране спречавају да се позивају на неодређеност понуде ако се цена робе на тржишту про-

<sup>52</sup> Secretariat Commentary, 21. Вид. такође L. A. DiMatteo *et al.*, 341.

<sup>53</sup> P. Šarčević, P. Volken (eds.), 122.

<sup>54</sup> Вид. P. Schlechtriem (1986), 81 фн. 319.

<sup>55</sup> Вид. одлуку у предмету *Switzerland*, 3 July 1997, *District Court St. Gallen (Fabrics case)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970703s1.html>, 29. јун 2017. Суд је закључио да, с обзиром на чињеницу да је уговор извршен, недостатак изричитог одређења цене не спречава извршење уговора. Цена треба да се одреди према чл. 55 БК, који представља одредбу за попуњавање празнина.

<sup>56</sup> Alejandro M. Garro, „Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Lawyer* 1989, 464.

<sup>57</sup> У предмету *Frozen food case*, суд је навео да се „чл. 55 БК заснива на претпоставци да су стране извршиле прећутно упућивање на цену која је наплаћивана под сличним околностима за сличну робу у време закључења уговора у истој струци, све док не постоје индиције против такве претпоставке“.

мени на њихову штету.<sup>58</sup> На крају, тај став је у складу и са принципом *in favorem contractus*. Наиме, чл. 14, ст. 1 БК не сме да се тумачи тако да спречава настанак уговора, а цена може да се одреди у складу са критеријумима садржаним у чл. 55 БК.<sup>59</sup> Наравно, у случајевима када је реч о роби која нема текућу цену (нпр. нов производ на тржишту<sup>60</sup> или роба која се производи по спецификацијма купца), чл. 55 не би могао да се користи и тада би морало да се сматра да понуда није довољно одређена.

У делу литературе је заузет став да захтев из чл. 14, ст. 1 БК у вези са одређеношћу понуде служи само за разграничење понуде од позива да се учини понуда (*invitatio ad offerendum*) из чл. 14, ст. 2 БК.<sup>61</sup> Ако предлогу недостаје одређеност, прималац ће такву изјаву од почетка моћи да разуме као предлог да се учини понуда са одређеним садржајем или да се започну преговори. Критеријум довољне одређености понуде, према том мишљењу, ствара препреку да се предлог уговора прерано квалификује као понуда подобна за прихват.<sup>62</sup> Присталице ове идеје наводе да друга реченица чл. 14, ст. 1 БК служи заштити интереса понудиоца и да представља правило тумачења у погледу постојања воље понудиоца за обавезивањем.<sup>63</sup> Сматрамо да се наведено не може прихватити јер би у том случају услов одређености понуде из чл. 14, ст. 1 БК био сведен на индицију да ли постоји воља страна за обавезивањем. Да намера стваралаца БК није била да се захтев одређености понуде сведе на потврду постојања воље уговорних страна за обавезивањем, произлази из следећег. Прво, легислативна историја чл. 14 БК указује на то да залагање за *pretium certum* није сматрано само питањем дефинисања понуде него и питањем пуноважности уговора.<sup>64</sup> Друго, тумачењем чл. 14, ст. 1 БК јасно је да је одређеност понуде један од услова који

<sup>58</sup> Вид. Franco Ferrari, Eva-Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze, Ansgar Staudinger, *Internationales Vertragsrecht: Intern. VertragsR – Kommentar*, München 2012<sup>2</sup>, Art. 14, Rn. 33.

<sup>59</sup> Упор. I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, 135, 136.

<sup>60</sup> *Hungary*, 25 September 1992, *Supreme Court (Pratt & Whitney v. Malev)*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920925h1.html>, 29. јун 2017. У конкретном случају суд је закључио да цена не може да се утврди јер је реч о роби за коју не постоји текућа цена. Међутим, значај те одлуке се огледа у томе што је суд разматрао могућност да чл. 14, ст. 1 и чл. 55 БК буду примењени заједно.

<sup>61</sup> Вид. више P. Schlechtriem (Hrsg.) (2000), 184.

<sup>62</sup> Вид. више W. H., Roth, C. Kunz, 1: 17–21.

<sup>63</sup> W. H. Roth, C. Kunz, 1: 17–21.

<sup>64</sup> Представници Француске су се залагали за постојање одређене цене у понуди, а били су инспирисани чл. 1591 француског Грађанског законика, у којем је предвиђено да цена код уговора о продаји мора бити одређена. Вид. више I. Schwenzer (ed.) (2016), 279 и фн. 102.



изјава воље мора да испуни да би се сматрала понудом и да је то самосталан услов.<sup>65</sup>

Неки од коментатора указују на то да се чл. 14, ст. 1 БК састоји од две реченице. У првој је предвиђено да понуда треба да буде довољно одређена, а у другој се наводи које услове понуде треба да испуни да би се сматрала довољно одређеном. Према присталицама тог схватања, те реченице треба да се читају одвојено, тј. понуда мора бити довољно одређена, али то не значи нужно да је понуда довољно одређена само онда ако испуњава услове из друге реченице чл. 14, ст. 1 БК. Услови наведени у другој реченици представљају само „*safe harbour*“, али не и дефинитивне услове које понуда мора да испуни да би била пуноважна.

### 3. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Правилан закључак о односу чл. 14, ст. 1 и чл. 55 БК могуће је извести уколико се у обзир узме и одговарајући временски контекст. Наиме, при изради и доношењу Бечке конвенције вођене су расправе да ли треба прихватити либералнији или строжи став у погледу елемената које треба да садржи понуда.<sup>66</sup> Решење из чл. 14, ст. 1 БК које се односи на захтев одређености понуде показује да је у конвенцији заузет строжи став јер је понуда за закључење уговора о међународној продаји робе довољно одређена ако је цена у њој изричито или прећутно одређена или бар одредива. Разлози прихватања наведеног правила су следећи. Прво, за такво решење залагале су се земље које су у време доношења конвенције имале планску привреду, па је одређивање цене у уговору било неопходно за привредно планирање и функционисање привреде у целини. Друго, то правило је имало снажну подршку земаља у развоју које су страховале да неодређивање цене у уговору може бити на штету купаца из мање развијених земаља као економски слабијих страна.<sup>67</sup> Коначно, решење су подржале и земље континенталног права у чијим националним правима цена представља битан елемент уговора.<sup>68</sup> Управо формулација да цена може бити и прећутно одређена представља

<sup>65</sup> K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), 2227.

<sup>66</sup> Супротстављена схватања последица су значајних разлика које су постојале у време доношења конвенције између националних права у погледу тога да ли уговор о продаји може пуноважно да се закључи уколико цена у њему није одређена или бар одредива. У основи, сва национална права могу да се поделе на она у којима је одређивање цене у уговору о продаји услов његове пуноважности и она у којима уговор о продаји може бити ваљано закључен и без одређивања цене.

<sup>67</sup> Вид. више М. Драшкић, М. Станивуковић, 172.

<sup>68</sup> Вид. А. М. Garro, 463; П. Цветковић, 57, 58.

компромис између земаља које су се залагале за понуду у којој цена не мора бити одређена и оних које су се томе противиле.<sup>69</sup>

Данас треба имати на уму да су од доношења БК прошле безмало четири деценије и да су разлози који су утицали на захтев за одређеном или одредивом ценом у понуди из чл. 14, ст. 1 БК углавном нестали.<sup>70</sup> Члан 14, ст. 1 БК је „преживео“ политичке, економске и правне промене, али се приликом његовог тумачења оне морају узети у обзир. Кретања у међународном пословању показују да захтеве за одређеношћу понуде треба ублажити. У прилог томе говори решење прихваћено у УНИДРОИТ принципима међународних трговинских уговора из 2016. године (даље у тексту: УПЦ). Према чл. 2.1.2 УПЦ предлог за закључење уговора представља понуду ако је довољно одређен и ако указује на намеру понудиоца да буде обавезан у случају њеног прихватања. У коментару чл. 2.1.2 УПЦ наводи се да није могуће дати општу оцену када се предлог за закључење уговора сматра довољно одређеним. Па чак и ако у њему нису одређена питања као што су тачан опис робе која треба да буде испоручена, цена робе, као и место и време извршења, то не значи нужно да је предлог недовољно одређен. Све зависи од тога да ли су понудилац и понуђени намеравали да закључе обавезујући уговор и да ли недостајући елементи у понуди могу бити одређени тумачењем уговора или попуњавањем празнине у уговору. Неодређеност понуде, између осталог, може да се превазиђе коришћењем других одредаба из УПЦ, па и чл. 5.1.7(1) УПЦ, којим се регулише одређивање цене на веома сличан начин као и у чл. 55 БК.

У складу са свим о чему је до сада било речи, сматрамо да БК треба тумачити на начин да се и наизглед противречне одредбе доведу у склад. Према томе, недовољна одређеност понуде у погледу цене може да се отклони и превазиђе применом чл. 55 БК. Као што смо већ навели, основна сврха чл. 55 БК је да створи механизам за одређивање цене у пуноважно закљученом уговору о међународној продаји робе. Међутим, сматрамо да је могуће да се механизам из чл. 55 БК примени и на понуде које нису довољно одређене у погледу цене. На тај начин би се омогућило да се ценом која се редовно наплаћивала у време закључења уговора отклони недостатак одређености цене или метода за њено одређивање у понуди.

---

<sup>69</sup> Вид. L. A. DiMatteo *et al.*, 337.

<sup>70</sup> Врховни суд Француске је тумачењем скоро потпуно напустио захтев за одређеном ценом, док су већина ондашњих социјалистичких земаља данас земље са тржишним привредама. Коначно, неке од земаља у развоју осамдесетих година 20. века данас представљају водеће светске економије. Вид. детаљније U. Magnus, 206.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Amato, P., „U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods – The Open Price Term and Uniform Application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts“, *Journal of Law and Commerce* 1993.
- Bamberger, H. G., Roth, H. (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, München 2003.
- Berstein, H., Lookofsky, J., *Understanding the CISG in Europe – A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Cambridge 1997.
- Bianca, C. M., Bonell, M. J., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987.
- Цветковић, П., *Закључивање уговора о међународној продаји робе*, магистарска теза, Правни факултет у Нишу, Ниш 2000. (Cvetković, P., *Zaključivanje ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, магистарска теза, Правни факултет у Нишу, Ниш 2000)
- DiMatteo, L. A., Dhooge, L., Greene, S., Maurer, V., Pagnattaro, M., „The Interpretative Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence“, *Northwestern Journal of International Law and Business* 2/2004.
- DiMatteo, L. A., „Critical Issues in the Formation of Contracts under the CISG“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2011.
- Драшкић, М., Станивуковић, М., *Уговорно право међународне трговине*, Београд 2005. (Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Београд 2005)
- Ђорђевић, М., *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2012. (Đorđević, M., *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, докторска дисертација, Београд 2012)
- Ferrari, F., Kieninger, E. M., Mankowski, P., Otte, K., Saenger, I., Schulze, G., Staudinger, A., *Internationales Vertragsrecht: Intern. VertragsR – Kommentar*, München 2012<sup>2</sup>.
- Фишер Шобот, С., *Право међународне продаје*, Нови Сад 2014. (Fišer Šobot, S., *Pravo međunarodne prodaje*, Нови Сад 2014)
- Фишер Шобот, С., „Постојање текуће цене као услов за апстрактно одмеравање накнаде штете у праву међународне и домаће продаје“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014. (Fišer Šobot, S., „Postojanje tekuće cene kao uslov za apstraktno odmeravanje naknade štete u pravu međunarodne i

- domaće prodaje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014)
- Galston, N. M., Smit, H. (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York 1984.
- Garro, A. M., „Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Lawyer* 1989.
- Graves, J., „CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2011.
- Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague 1999.<sup>3</sup>
- Honsell, H. (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin – Heidelberg 2010.
- Huber, P., Mullis, A., *The CISG – A new textbook for students and practitioners*, Sellier – European Law Publishers, München 2007.
- Karollus, M., „Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988–1994“, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 1995.
- Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P. (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München 2011.
- Magnus U., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005.
- Magnus, U., „The Scandinavian Reservation under Art. 92 CISG“, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/57-10.pdf>, 29. јун 2017.
- Mistelis, L., „Article 55 CISG: The Unknown Factor“, *Journal of Law and Commerce* 6/2005.
- Piotet, P., Sturm, F., *Mélanges Paul Piotet: recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Professeur à l'Université de Lausanne*, Bern 1990.
- Rebmann, K., Säcker, F. J., Rixecker, R. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III, München 2004.
- Roth, W. H., Kunz, C., „Zur Bestimmbarkeit des Preises im UN-Kaufrecht“, *Recht der Internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* 43, 1997.
- Schlechtriem, P., *Uniform Sales Law – The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna 1986.

- Schlechtriem, P. (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München 2000<sup>3</sup>.
- Schmidt, K. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004.
- Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C., *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, New York 2012.
- Schwenzer, I. (ed.), Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2010.<sup>3</sup>
- Schwenzer, I. (ed.), Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2016.<sup>4</sup>
- Šarčević, P., Volken, P. (eds.), *International Sale of Goods (Dubrovnik Lectures)*, New York 1986.
- Шогоров, С., Арсић, З., *Уговори трговинског права*, Нови Сад 2014. (Šogorov, S., Arsić, Z., *Ugovori trgovinskog prava*, Novi Sad 2014)
- UNCITRAL, *2012 UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, New York 2012, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012>, 29. јун 2017.
- Vilus, J., *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb 1981.
- Букадиновић, Р., *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012. (Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2012)
- Живковић, М., *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006. (Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Beograd 2006)

Sandra Fišer Šobot, PhD

Assistant Professor

University of Novi Sad, Faculty of Law

CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF  
GOODS WITH OPEN-PRICE TERMS – AN INTERPLAY  
BETWEEN ARTS. 14 AND 55 CISG

*Summary*

This paper examines the relationship between Arts. 14 and 55 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). According to Art. 14(1) CISG for the valid offer it is necessary that the price of the goods is at least determinable. On the other hand, Art. 55 CISG presupposes that the contract can be valid even if the price is neither determined nor determinable. Linguistic interpretation of those provisions shows contradiction and the controversy stems from demand from Art. 14(1) CISG for sufficiently definite price and open-price rule from Art. 55 CISG. The relationship between those provisions, if any, is widely discussed in theory. The author analyzes possible approaches advocated by scholars and attempts to resolve this contradiction.

Key words: *International sale of goods. – Offer. – Price. – Open-price contracts.*

Article history:

Received: 29. 6. 2017.

Accepted: 16. 10. 2017.

Др Зоран Чворовић\*

## НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У ПРАВУ МОСКОВСКЕ РУСИЈЕ XVI И XVII ВЕКА

*Рад започиње кратким освртом на тезу о руској држави као оријенталној деспотији, којом се оспорава постојање начела законитости и идеје о супермативи права у било ком периоду развитка руског права. Ради оспоравања те тезе, својствене западној друштвеној науци, у раду се анализирају руски правни споменици XVI и XVII века. Најпре, Судебник од 1550. године, као први руски правни споменик који садржи пропис којим је државни закон проглашен за једини извор права и којим је прокламована законитост поступка пред судовима и управом. Појава начела законитости у руском праву доводи се у везу са великим друштвеним, организационим и територијалним променама које су захватиле Московску Русију на почетку владавине цара Ивана IV. Истовремено аутор анализира историјски оквир у коме се начело законитости јавља у праву Велике Кнежевине Литве, како би утврдио неке опште законитости у појави идеје о супермативи права у два блиска правна система која су се развијала под сасвим другачијим спољним утицајем. Последњи део рада је посвећен анализи одредаба прве руске кодификације, Саборног уложенија од 1649. године, које се односе на начело законитости и комплементарне правне принципе. На основу резултата добијених анализом руских правних споменика и конкретних историјских прилика XVI и XVII века, аутор даје кратак завршни увид о начину настанка и политичкој улози начела законитости, односно идеје о супермативи права у Московској Русији и у средњовековној Енглеској, која се сматра отаџбином те идеје.*

Кључне речи: *Начело законитости. – Руско право. – Судебник од 1550. – Саборно уложеније од 1649.*

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, [zcvorovic@jura.kg.ac.rs](mailto:zcvorovic@jura.kg.ac.rs).

## 1. ЗАКОНИТОСТ И ОРИЈЕНТАЛНА ДЕСПОТИЈА

Истраживања историје руског права у западној науци одвијају се под теретом старог, али још увек живог русофобског стереотипа о руској држави као оријенталној деспотији.<sup>1</sup> Зато већ и само помињање начела законитости у праву Московске Русије<sup>2</sup> делује као својеврсна научна „јерес“. Посебно када се има у виду теза К. Витфогела (*Karl A. Wittfogel*) да закони у оријенталним деспотијама „остају напослијетку израз једноцентричног друштва. Они могу штитити једног обичног човјека против других; али не штите обичног човјека против апсолутистичке државе“. Да би додатно ојачао своју тврдњу, Витфогел се позвао на ауторитет Џ. Лока (*John Locke*) и његову оцену закона и законитости у оријенталним деспотијама какве су „Турска, Цејлон и царска Русија“: „Ако се упита: каква сигурност, каква заштита постоји у таквој држави против насилништва под притиском апсолутног владара? – тада је (заговорницима апсолу-

<sup>1</sup> Теза о руској држави као оријенталној деспотији, коју је у XX веку теоријски убличио К. Витфогел, имала је и пре тога своје поборнике и међу западноевропским либералима и међу западноевропским марксистима. Западна јавност се први пут упознала са тезом о царској Русији као „полуазијатском“ друштву, у тексту који је 1853. године објављен у *New York Daily Tribune*. Потписник текста био је К. Маркс, али је његов стварни аутор био Ф. Енгелс. Пре тога је Џон Стјуарт Мил изнео узгредну оцену о декадентној супротстављености оријенталних деспотија модерном (индустијском) западном друштву и држави. *Karl A. Wittfogel, Orijentalna despotija/Usporedno istraživanje totalne moći*, Zagreb 1988, 14–21, 36–37, 358. О русофобији К. Маркса и Ф. Енгелса у Наталија Нарочницка, *Русија и Руси у светској историји*, Београд 2008, 161–166.

<sup>2</sup> Изразом Московска Русија или Московска држава (*Московское государство*) означава се фаза у развоју руске државности од пропасти првог руског државноправног центра, Кијевске Русије, половином XIII века, па до епохе вестернизације државе, коју је почетком XVIII века започео Петар Велики. Половином XIII века се под утицајем моноглско-татарског освајања са истока и немачког са запада у руским земљама формирају два нова средишта државноправног живота: на северу Московска држава и на западу Велика Кнежевина Литва. У XIV веку под јединственом политичком влашћу московског великог кнеза налазило се само мало територијално језгро, познато као Суздаљска земља. У XV веку се власт московских великих кнежева простирала на све северноруске земље, а у XVI веку почиње да се шири и на источне неруске територије. У Московској Русији се формира посебан правни и социјални поредак, другачији од поретка који је формиран у Великој Кнежевини Литви. Истовремено, правни и социјални поредак Московске државе био је различит од поретка Кијевске Русије, али је био другачији и од државноправног и социјалног уређења које ће се формирати реформама Петра Великог, које ће отворити нову епоху у развоју руске државности – епоху Руске империје (*Российская империя*). Михаил Ф. Владимировский-Буданов, *Обзор истории русского права*, Петроград-Кијев 1915<sup>7</sup>, 99–113; Василий О. Ключевский, *История сословий в России: Полный курс лекций*, Минск 2004, 77; Владимир А. Томсинов, „Судебники 1497 и 1550 годов как памятники юриспруденции Московского государства“, *Проблемы истории государства и права*, Москва 2009, 259–260, <http://tomsinov.com/IOGP/sud1497.pdf>, 4. јануар 2017.



тизма) само питање скоро неподносиво... Између поданика и поданика морају, ради узајамног умирења и сигурности, постојати прописи, закони и суци. Али владар мора бити апсолутан, он је изнад свих таквих околности; будући да он има моћ да чини више неправди и зла, право је кад то чини.“<sup>3</sup> Једном речју, у оријенталним деспотијама постоје закони, али нема законитости, односно идеје о суперматји права. Јер, држава издаје законе, али су државни органи у вршењу судске и управне власти првенствено дужни да се потчињавају личној владаревој вољи, а не апстрактној вољи закона. Сходно томе, Московској Русији је, као и у свим оријенталним деспотијама, било сасвим непознато и начело правне сигурности.

Присталице тог гледишта сматрају да су западноевропски народи, речју Р. Јеринга, лекцију „апсолутне потчињености посебног случаја апстрактном правилу, што би назвао тиранијом правне дисциплине“, научили од Римљана.<sup>4</sup> Та „римска“ лекција је према преовлађујућем ставу западне науке остала непозната Московској Русији јер се руско право развијало далеко од општег тока рецепције римског права, све до XVIII века и почетка процеса вестернизације под Петром I. При томе се неспорне чињенице о рецепцији византијског права у Кијевској и Московској Русији<sup>5</sup> потпуно пренебрегавају јер се јединим истинским настављачима „духа“ римског права сматрају западне правне школе средњовековних глосатора и постглосатора и каснија *usus modernus Pandectarum*.<sup>6</sup> Отуда и закључак М. Вебера да се „само на Западу знало и за потпуно развијено правосуђе, чији је носилац сва заједница... само је ту потпуно уклоњен персоналитет права и начела: ‘самовоља руши земаљско право’; само је ту настала творевина типа римског права и дошло до такве појаве какво је њено прихватање“.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> К. А. Wittfogel, 149–150.

<sup>4</sup> Рудолф Иеринг, *Дух римског права на различних ступењих его развития*, Част первая, Санкт-Петербург 1875, 281.

<sup>5</sup> Рецепцији византијског права у Русији посвећене су бројне специјалистичке студије или поглавља у општим прегледима развитка руског права, од којих је аутор овог текста консултовао следеће: Николай Калачов, *О значении Кормчей в системе древняго русскаго права*, Москва 1850; Николай И. Тиктин, *Византийское право как источник Уложения 1648 года и новоуказных статей*, Одесса 1898; Михаил Бенеманский, *Закон градский. Значение его в русском праве*, Москва 1917; Александр Н. Филиппов, *Учебник истории русскаго права*, Часть I, Юрьев 1907, 91–99.

<sup>6</sup> Darrell P. Hammer, „Russia and the Roman Law“, *American Slavic and east European Review* 1/1957, 1–5, 12–13. Према западним ауторима, руска држава је пребивала ван оквира цивилизације и међународне заједнице, или Тојнбијевом речју „Великог друштва“, све до реформи цара Петра Великог и започињања процеса усвајања „европских стандарда у руским установама“. Gerrit W. Gong, *The Standard of Civilization in International Society*, Oxford 1984, 100–105; Арнолд Тојнби, *Проучавање историје*, Подгорица – Београд 2002, 210, 232–235.

<sup>7</sup> Макс Вебер, *Привреда и друштво*, I том, Београд 1976, 703.

Предрасуда о безначајности руског правног развитка, пре свега због уверења да му је својствена правом неограничена државна власт, само је друго лице стереотипа о јединствености западњачког права као универзалног цивилизацијског стандарда.<sup>8</sup> Исто као што је и западноевропски стереотип о деспотизму руских монарха само млађи изданак старог либералног стереотипа према коме је византијски владар био *legibus solutus*.<sup>9</sup>

## 2. ИВАН IV – РОДОНАЧЕЛНИК НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Судебник који је донет 1550. године за владавине првог руског цара Ивана IV Васиљевича Грозног (*Иван IV Васильевич Грозный*) први је руски правни споменик који је државни закон прогласио за једини извор права у Московском царству. Према члану 97 тог правног споменика, судови и управа, тада још увек институционално нераздвојени,<sup>10</sup> могли су да одлучују само у границама одређеним Судебником: „убудуће сва дела судити према Судебнику и управу вршити према томе како је цар и велики кнез од тог дана у овом Судебнику прописао“.<sup>11</sup>

Пошто је искључивала могућност примене обичајног права, један број писаца је такву прокламацију начела законитости оценио као идеализовану законодавчеву декларацију.<sup>12</sup> Такав пропис се

<sup>8</sup> G. W. Gong, 14–15, 106.

<sup>9</sup> Објашњавајући зашто су старији тумачи Душановог законика одбацивали сваку могућност византијског порекла чл. 171 и 172 Законика који прокламују начела законитости и судске независности, Н. Радојчић вели: „Јер, не само да верују широки образовани кругови, него и велика већина људи од науке чврсто држи, да у Византији никако не може бити ни говора о каквом било ограничавању царских права. Један од најомиљенијих познатих атрибута популарног византизма и јесте баш неограничени царски деспотизам, који с одвратним уживањем зна само мучити своје поданике, за које нема других закона осим воље цареве. Све легендарне облике крутог деспотизма оријенталних владара крвопилаца и римских царева силника популарна и тенденциозна литература приписује византијским царевима.“ Никола Радојчић, „Снага закона по Душанову Законику“, *Глас СКА СХ*, Београд 1923, 103.

<sup>10</sup> Константин Кавелин, „Гражданское право. История русского судоустройства“, *Государство и община*, Москва 2013, 249; М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 186, 188; Судебник 1497 и 1550 года, „Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства“, *Российское законодательство X–XX веков*, Том 2 (отв. ред. А. Д. Горский), Москва 1984, 26; Соборное уложение 1649 года, *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV–XVII веков* (рук. авт. коллектива А. Г. Маньков), Ленинград 1987, 183.

<sup>11</sup> Начело супрематичности државног закона се није простирало на патримонијалне црквене судове, који су судили на основу Крмчије. *Российское законодательство X–XX веков*, Том 2, 53, 119–120.

<sup>12</sup> М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 218; Михаил Дьяконов, *Очерки общественного и государственного строя Древней Руси*, Москва-Ленинград 1926, 172–173.

чинио неодрживим у стварности у којој су са неких тек сто одредаба Судебника били регулисани углавном процесна материја и један мали део материјалног кривичног права. Осим тога, тешко је замислити да је обичајно право могло преко ноћи потпуно да изгуби значај који је имало у претходној епохи. А у периоду удеоних кнежевина обичајно право је било најважнији домаћи извор општих правних норми.<sup>13</sup>

Ипак, потпуно је погрешно и једнострано гледиште које у члану 97 Судебника од 1550. године види само једну манифестацију владарске демагогије, која је у стварности судске и административне праксе остала мртво слово на папиру.<sup>14</sup> О озбиљности законодавчевог наума да државном закону обезбеди место јединог извора општих правних норми у Московском царству најбоље говори садржај одредбе следећег члана 98 Судебника. У њој се први пут у руском праву детаљно регулише поступак попуњавања правних празнина. Када би се пред нижим управносудским органом појавило спорно питање за које није могло да се нађе решење у Судебнику (*А которые будут дела новые, а в сем Судебнике не написаны*), онда тај орган спорно питање није могао да реши на основу обичајног права. Према чл. 98, такав предмет се у форми релације (*relatio*) предавао на решење цару и Бојарској думи (*те дела с государева доклада и со всех боар приговору вершается*).<sup>15</sup> Појединачна правна норма садржана у одлуци цара и Бојарске думе имала је карактер преседана. Пошто су о пренетом предмету цар и Бојарска дума најчешће решавали у дијалогској форми, она је у стручној администрацији централних административносудских управа (*приказ*) уобличавана у догматску форму партикуларних закона – *указа*.<sup>16</sup> Према наредби чл. 98, ти казуистични *укази* дописивани су као допуна уз основни текст Судебника од 1550. године (*и те дела в сем Судебнике приписывати*).<sup>17</sup> Мада је поступак попуњавања правних празнина прописан Судебником имао судскопрецедентни карактер, он је својим исходом обезбеђивао писаном закону статус јединственог извора општих правних норми у руској држави после 1550. године. Уз то, такав поступак попуњавања правних празнина гарантовао је да ће функција правотворства оста-

<sup>13</sup> Василий И. Сергеевич, *Лекции и исследования по древней истории русского права*, 9, <http://www.twirpx.com/file/261895/>, 28. децембар 2016; А. Н. Филиппов, 50–52; В. А. Томсинов, 261–262, <http://tomsinov.com/IOGP/sud1497.pdf>, 4. јануар 2017.

<sup>14</sup> *Российское законодательство X–XX веков*, Том 2, 170.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 170–171.

<sup>16</sup> В. А. Томсинов, 275, <http://tomsinov.com/IOGP/sud1497.pdf>, 4. јануар 2017; М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 220.

<sup>17</sup> В. И. Сергеевич, 54, <http://www.twirpx.com/file/261895/>, 28. децембар 2016; М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 218.

ти у рукама редовног московског бицефалног законодавца – цара и Бојарске думе.<sup>18</sup>

Судебник од 1550. године не уноси у руско право само новину у виду начела законитости, већ први пут и пропис који забрањује ретроактивно важење закона. Наиме, сви судски предмети који су настали пре доношења Судебника, било да је код њих судска расправа до доношења новог зборника права окончана или је суђење само започело (*сужены или несужены*), требало је, према изричитој норми Судебника, да буду пресуђени према ранијем праву; чак и у оним случајевима у којима је у Судебнику било предвиђено другачије решење.<sup>19</sup> Прописивање забране ретроактивног важења закона у истој одредби (чл. 97) у којој се проглашавала супрематија државног закона показује завидан ниво правнотеоријског апстраховања ондашњих московских законописаца јер начела законитости и правне сигурности номотехнички третирају као комплементарне правне институте.

### 3. ПОЈАВА НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ У СВЕТЛУ ИСТОРИЈСКИХ ПРИЛИКА XVI ВЕКА

Појава начела законитости у руском праву стоји у непосредној вези са великим променама које су почев од 1549. године захвати-

<sup>18</sup> Бојари су представљали највиши слој московског друштва. До XVI века бојар је племићко звање, а јачањем централне власти преображава се у државни, службени ранг (чин). Бојарска дума није била представнички орган јер су је чинили непосредно позвани чланови највишег племства, који су водили порекло од бивших удеоних кнежева, а од XVI века и припадници новог службеног дворског племства (*думны дворян*). М. Ф. Владимирскій-Буданов (1915), 115–147. Термине западноевропског феудализма, као што је племство, треба узимати условно када се говори о друштвеној структури и статусном праву Московске државе. Наиме, у статусно-правном погледу Московска држава стоји између јединствене, статусно-правно хомогене Византије и статусно-правно нејединствених, хетерогених германско-романских феудалних држава. Становништво Московске државе се делило на класе (разреде) различитих правних капацитета. Разлике између класа, како примећује Владимирскій-Буданов, „нису проистикале из права, већ из обавеза које су имале према држави“. Најкрупнија подела је била на служећу класу (*служилые люди*), чији су чланови договали личну службу држави, и тежачку класу (*тяглые люди*), чији су чланови договали држави уплату новца и с тим у вези били су организовани у пореске општине. А. Н. Филипов примећује да су се обе класе јављале *тяглым*, али се разлика огледала у специфичности њиховог *тягла* (терета, службе), што је последично утицало на обим права чланова појединих класа. Те две основне класе делиле су се на читав низ подразреда. М. Ф. Владимирскій-Буданов (1915), 158–174; А. Н. Филипов, 411–444; Василий О. Ключевский, *Русская история*, Москва 2010, 194–198, 229–254; В. О. Ключевский (2004), 89–156.

<sup>19</sup> *Российское законодательство X–XX веков*, Том 2, 170; А. Н. Филипов, 271; М. Ф. Владимирскій-Буданов (1915), 218.

ле судскоадминистративни апарат Московске Русије. У фебруару те године цар Иван IV Васиљевич сазвао је први Земски сабор у руској историји,<sup>20</sup> а према програму двадесетогодишњег цара један од најважнијих задатака тог сабора требало је да буде реформа судства. То потврђује и цараво обећање народу, окупљеном у време заседања Земског сабора испред московског Кремља, да ће суђење узети под своју контролу и тако постати заштитник оштећених (*быть судом и обороной*).<sup>21</sup> У обраћању црквеном Сабору 1551. године, Иван IV доводи у директну везу консолидацију судства са доношењем новог Судебника: „И по вашем благослову сам Судебник исправио и велике заповести написао, да би све то било тачно и уредно, а суд био праведан и неподмитљив за свако дело.“<sup>22</sup>

Иза тако замишљене реформе стајала је намера Ивана IV да потисне патримонијални суд намесника и *волостела* (властелина) наслеђен из удеоног периода и тако централизује судску власт. Та царава намера је у Судебнику реализована преко прописа који су намесниковом суду придружили изборне самоуправне судије (чл. 62), проширили првостепену и апелациону надлежност централних судова – Бојарске думе, а нарочито владаревог суда (чл. 7, 64, 77 и 100) и, најзад, укинули и забранили издавање нових имунитетских (*тарханские грамоты*) повеља (чл. 43).<sup>23</sup> Осим тога, одмах по доношењу

<sup>20</sup> Земски сабор је био замишљен као општедржавно и општеземаљско (општедруштвено) тело, које ће у себи објединити већ постојеће државне власти – владара и Бојарску думу, али посредством кога ће први пут у вршење централне власти бити укључени на представничкој основи припадници различитих друштвених разреда и територијалних делова Московског царства. Цар Иван IV је наредио, како стоји у једном од извора, „собрать свое государство из городов всякого чину“. В. О. Ключевский, (2010), 325. Земски сабор је био ванредни законодавни орган, који је одлучивао код великих државноправних реформи (нпр. доношење прве руске кодификације – Саборно уложеније од 1649), док је Бојарска дума задржала улогу редовног законодавца. О установи Земског сабора више у: В. О. Ключевский, (2010), 324–326; М. Дьяконов, 366–396; М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 174–185; А. Н. Филиппов, 380–410.

<sup>21</sup> В. О. Ключевский (2010), 326; Лев В. Черепнин, *Земские соборы Русского государства в XVI-XVII вв.*, Москва 1978, 75–76.

<sup>22</sup> Л. В. Черепнин, 70–71.

<sup>23</sup> *Российское законодательство X-XX веков*, Том 2, 132–133, 142–143, 150–152, 161, 172–173; Иван Д. Беляев, *История русского законодательства*, Санкт-Петербург 1999, 456; В. О. Ключевский, (2010), 326; М. Ф. Владимирский-Буданов, 632; А. Н. Филиппов, 271–272. Процес укидања имунитетских привилегија одвијао се споро јер су се повеље (тзв. *тарханские грамоты*) о судском или финансијском имунитету издавале, мада у знатно мањем броју, и после Судебника од 1550. године. О неуспеху државе да потпуно искорени судски имунитет говори и то што се наредбе, слично оној из чл. 43 Судебника од 1550. године, понављају и касније, нпр. 1617. године. Реч *тархан* је туранског порекла и означава неку врсту источњачког феудалца. *Российское законодательство X-XX веков*, Том 2, 143; М. Дьяконов, 166; М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 212.

Судебника цар је формирао канцеларију за пријем ванредних жалби (*челобитие*), као претечу посебног централног ресора – Управе за жалбе (*Челобитный приказ*).<sup>24</sup>

За остварење такве корените државно-правне реформе цар је пронашао савезнике у широким слојевима народа, почев од различитих припадника служеће класе (*служилые люди*) па све до градског становништва и селаштва (*тяглые люди*). Они су показивали отворено незадовољство бојарима, будући да су били главне жртве самовоље и корупције преживелог патримонијалног система намесничког судства. Социјални конфликти су кулминирали у години Ивановог уздизања у царски ранг (1547), великим народним бунтом који је избио у Москви. Како су бојари непрекидно покушавали да ослабе и владарску власт, не би ли је вратили на формат из доба удеоних кнежевина, добили су још једног противника у младом цару.<sup>25</sup> То антибојарско савезништво отворено се показало у говору Ивана IV на Земском сабору 1549. године. „До царског пунолетства, они (бојари) и њихови људи су деци бојарској и селацима чинили присилу и штету и зло велико“, вели цар, а према његовом јавном обећању „у будуће неће тако радити“.<sup>26</sup> Да би искористио ојачалу снагу незадовољних друштвених редова као противтежу старом привилегованом бојарству, Иван IV их преко новооснованог Земског сабора први пут укључује у вршење централне власти, а преко изборних самоуправних судова и у вршење локалне власти.<sup>27</sup>

С друге стране, ојачала служећа класа (нарочито њен војни део) и грађанство су у државном суду, као и у државном закону, видели инструменте за боље обезбеђење личне и имовинске сигурности и у тој тачки су се њихови интереси поклапали са интересом цара да централизује државну власт и унификује право. Стога, проглашавање апсолутне свемоћи државног закона (Судебника), који је требало да се примењује на целокупној територији Московског царства (чл. 99 Судебника од 1550), те последично одузимање правне снаге локалним правним обичајима, представља само друго лице процеса потискивања партикуларне патримонијалне судске организације (изузев црквеног суда) јединственим државним правосуђем.<sup>28</sup> Зато

<sup>24</sup> Л. В. Черепнин, 75; В. О. Ключевский (2010), 325.

<sup>25</sup> В. О. Ключевский (2010), 211–212, 318–319; М. Дьяконов, 171; Л. В. Черепнин, 76; Николай Е. Носов, „Собор „примирения“ 1549 года и вопросы местного управления (на перепутье к земским реформам)“, *Внутренняя политика царизма (середина XVI – начало XX в), Труды ЛОИИ*, Вып. 8, Ленинград 1967, 7, [http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov\\_N\\_E\\_8.pdf](http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov_N_E_8.pdf), 25. јануар 2017.

<sup>26</sup> Л. В. Черепнин, 68, 72.

<sup>27</sup> В. О. Ключевский (2010), 317–318, 333–334; И. Д. Беляев, 455.

<sup>28</sup> В. А. Томсинов, 261, <http://tomsinov.com/IOGP/sud1497.pdf>, 4. јануар 2017.

се после прокламовања начела законитости није дуго чекало на коначну ликвидацију остатака локалног патримонијалног намесничког судства, које је почев од 1555. године замењено самоуправним изборним судијама – *целовальники*.<sup>29</sup> Међутим, ни значај самоуправног судства није могао бити дугог века јер је потискивање обичајног права државним законом давало предност обученим државним чиновницима у односу на самоуправне судије као познаваоце локалних обичајних правила.<sup>30</sup>

С друге стране, било би погрешно да се Судебникова прокламација о свемоћи државног закона тумачи као израз апсолутне власти московског цара у XVI веку, у овом случају Ивана IV. На неодрживост такве поједностављене оцене указује већ то што је Земски сабор на коме је донет Судебник у историографији оквалификован као „Сабор помирења“.<sup>31</sup> Таква компромисна оцена исхода првог Земског сабора уочљива је и у говору који је цар одржао учесницима Сабора. Мада своје обраћање почиње отвореном осудом бројних облика бојарског безакоња, после добијања обећања од бојара да ће му *служить верно* као што су „служили његовог оца и деду“, цар завршава „опраштајући“ бојарима и „поучавајући их са благочестивом умилношћу“.<sup>32</sup> С обзиром на такав завршетак првог Земског сабора, тешко да се може говорити, како примећује Н. Е. Носов (*Н. Е. Носов*), о његовом апсолутно „антибојарском“ карактеру.<sup>33</sup> Његове одлуке би се пре могле оквалификовати као компромисне, и у социјалном и у правном смислу. Незадовољни друштвени редови, пре свих ниже службено племство и грађанство, добијају од цара гаранцију да ће се њихове жалбе (*челобития*) против бојара и њихових „људи“ разматрати на суду, који је у свом раду, сходно чл. 97 Судебника, искључиво био везан државним законом. С друге стране, чл. 98 Судебника обезбеђује решавајући глас бојарима приликом доношења закона јер је Бојарска дума, заједно са царем, путем тзв. релације учествовала у попуњавању правних празнина.<sup>34</sup>

На појаву прописа о супермативи државног закона утицале су не само промене у друштвеној структури и организацији судско-ад-

<sup>29</sup> М. Ф. Владимирский-Буданов (1915), 196; В. О. Ключевский (2010), 320.

<sup>30</sup> К. Кавелин, 251.

<sup>31</sup> Н. Е. Носов, 8–12, [http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov\\_N\\_E\\_8.pdf](http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov_N_E_8.pdf), 25. јануар 2017.

<sup>32</sup> Л. В. Черепнин, 68; Н. Е. Носов, 10, [http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov\\_N\\_E\\_8.pdf](http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov_N_E_8.pdf), 17, 25. јануар 2017.

<sup>33</sup> Н. Е. Носов, 22–24, [http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov\\_N\\_E\\_8.pdf](http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov_N_E_8.pdf), 25. јануар 2017.

<sup>34</sup> *Российское законодательство X-XX веков*, Том 2, 170–171; В. О. Ключевский (2010), 310.

министративног апарата, већ и крупне територијалне промене које су се догодиле половином XVI века, а биле су преломне за даљи развитак руске државе. Наиме, Судебник је донет у години Ивановог похода на Казањ, чијим су заузимањем, 1552. године, широм отворена врата руској колонизацији Сибира и Далеког истока.<sup>35</sup> У светлу те чињенице, Иванова прокламација свемоћи државног закона показује се као један од важних инструмената за обезбеђивање политичког јединства територијално велике и етнички и верски шаролике младе Московске царевине. Прецизније, идеја о супермативи државног закона над локалним обичајним правима само је нужни правни пратилац процеса промене типа државе, од етнички и верски хомогене патримонијалне монархије ка етнички и верски хетерогеном царству. У питању је дуготрајан процес од два века (XVI–XVII в.), али су у њему реформе цара Ивана IV представљале преломну тачку.

#### 4. ПОЈАВА НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ У ПРАВУ ВЕЛИКЕ КНЕЖИВИНЕ ЛИТВЕ

Појава начела законитости у Московској Русији временски корелира са појавом тог начела у литванско-руском праву, што је утолико интересантније јер је реч о правним системима који су се током XVI века развијали под потпуно различитим иностраним утицајима. Док је на московском праву видљив доминантан утицај византијског права, догле се литванско-руско право у XVI веку налазило под претежним утицајем западне, пре свега италијанске и немачке правне и друштвене мисли.<sup>36</sup> У првој редакцији Литванског статута од 1529. године свим становницима Велике Кнежевине Литве јемчи се да ће им се судити „једнако и исто“, били они „сиромашни“ или „богати“ и то „по овим писаним законима“ (1, 9).<sup>37</sup> Сличну одредбу садржи и трећа редакција Литванског статута од 1588. године, која је имала највећи утицај на московско право друге половине XVII века.

<sup>35</sup> Сергей М. Соловьев, *История России с древнейших времен*, Москва 2009, 211–214; Н. Е. Носов, 29–30, [http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov\\_N\\_E\\_8.pdf](http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov_N_E_8.pdf), 25. јануар 2017.

<sup>36</sup> Григорий В. Демченко, *Наказание по Литовскому статуту, в его трех редакциях (1529, 1566 и 1588 гг.)*, Часть первая, Киев 1894, 154–162; Михаил Ф. Владимировский-Буданов, *Немецкое право в Польше и Литве*, Санкт-Петербург 1868, 95 и даље.

<sup>37</sup> А. Г. Ляшенко, Г. В. Журнелюк, „Статут 1529 г. в контексте концепции верховенства права“, *Статут Вяликага княства Літоўскага 1529 года – надмурак развіцця беларускай дзяржаўнасці і канстытуцыйналізму (да 480-годдзя прыняцця)*, Минск 2009, 67, [http://www.law.bsu.by/pub/31/2009\\_1.pdf](http://www.law.bsu.by/pub/31/2009_1.pdf), 16. јануар 2017; *Статут Великога княжества Литовского 1529 года*, комментарий К. И. Яблонскис, Минск 1960, <http://nicolaev.livejournal.com/1269730.html>, 16. јануар 2017.



У првом члану првог поглавља те редакције Статута прописано је да се „свим становницима Велике Кнежевине Литве мора судити на основу овог једног писаног и од нас објављеног права“ (1, 1).<sup>38</sup> Очигледна је сличност између одредаба које прокламују начело законитости у Литванском статуту, прве и треће редакције, и чл. 97 Судебника од 1550. године. Међутим, литванско-руски и московски правни споменик разликују се по решењима која се односе на питање попуњавања правних празнина. У првој редакцији Статута судија је био овлашћен да у случају постојања правне празнине реши спор на основу обичајног права (6, 25). Додуше, у наставку те одредбе законодавац Статута је предвидео да се на основу судијског обавештења на првом следећем „сејму“ донесе законски пропис који ће попунити уочену правну празнину. Тај новелирани пропис био би дописан уз основни текст Статута, што умногоме подсећа на решење из чл. 98 московског Судебника.<sup>39</sup> И према трећој редакцији Литванског статута судија је самостално попуњавао правну празнину, али не на основу обичајног права већ на основу аналогије и сопственог уверења, али имајући притом у виду и „примере других хришћанских права“ (4, 54).<sup>40</sup>

Мада су се развијали под утицајима различитих иностраних правних система, исти унутрашњи фактори који су утицали на појаву начела законитости у московском праву у XVI веку довели су до појаве тог начела и у литванско-руском праву у истом веку. Наиме, појава начела законитости корелира са процесом политичке и правне унификације етнички и верски различитих историјских индивидуалитета у оквирима Велике Кнежевине Литве и са процесима потискивања обичајног права и древног патримонијалног типа организације власти.<sup>41</sup>

## 5. РАЗВИТАК НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ У ПРАВУ МОСКОВСКЕ РУСИЈЕ XVII ВЕКА

Да прокламовање начела законитости у Судебнику од 1550. године није било случајни инцидент у еволуцији руског права већ је то био трајни плод закономерног развитка једног правног система, по-

<sup>38</sup> *Статут Великога княства Литоўскага 1588, Тэксты, Даведник, Коментары*, Минск 1989, 351; Иван И. Лаппо, *Литовский статут 1588 года*, Т. I. Kaunas 1934, 121–122.

<sup>39</sup> *Статут Великога княжества Литовского 1529 года*, <http://nicolaev.livejournal.com/1269730.html>, 16. јануар 2017.

<sup>40</sup> *Статут Великога княства Литоўскага 1588*, 391; И. И. Лаппо, 82–83.

<sup>41</sup> А. Г. Ляшенко, Г. В. Журнелюк, 65, [http://www.law.bsu.by/pub/31/2009\\_1.pdf](http://www.law.bsu.by/pub/31/2009_1.pdf), 16. јануар 2017.

казале су одредбе прве кодификације Московске Русије – Саборног уложенија од 1649. године. Кратку одредбу Судебника о потчињавању суда и управе искључиво државном закону заменила је у Саборном уложенију обимна одредба чл. 1. X главе, којом се истовремено регулисало начело законитости судског и управног поступка и начело правне једнакости: „*всякая росправа делать всем людем Московског государства от большаго и до меньшаго чину вправду*“.<sup>42</sup> Тумачећи израз *вправду*, у вези са вршењем судске функције од самоуправних судија, А. Чебишев-Дмитријев (*А. Чебышев-Дмитриев*) истакао је да су те „судије биле дужне судити *вправду*, а правда за њих није била народно уверење, већ закон“.<sup>43</sup> У изразу *вправду* Руси су сублимисали оно што је Радојчић назвао „византијским учењем о свемоћи државних закона“.<sup>44</sup> Доношењем прописа којим се гарантују законитост и једнакост у судском и административном поступку реализована је законодавчева намера, истакнута у преамбули Саборног уложенија, да доношењем кодификације „у Московском царству људима свих службених рангова, од великог до малог ранга, суђење и расправа за сва дела буду једнаки“.<sup>45</sup> Гаранција законитог и једнаког суђења простирала се на све судске инстанце Московског царства, које су таксативно побројане у чл. 1 X главе Саборног уложенија, од царског суда, преко Бојарске думе, до централних судско-административних управа. Начело законитог и једнаког суђења важило је према Саборном уложенију не само за поданике Московског царства већ и за странце који су боравили у руској држави. Тако је преко начела законитог и једнаког суђења први пут у Московској Русији на јединствен начин био регулисан процесни положај странаца.<sup>46</sup>

Доводећи у везу пропис Саборног уложенија о праву на законито и једнако суђење са статусноправном неједнакошћу која је постојала у Московској држави, В. О. Кључевски (*Василий О. Ключевский*) приметио је да ту одредбу не треба тумачити „као једнакост свих пред законом, која искључује разлике у правима: овде се подразумева једнако суђење и расправа за све, без привилегованих надлеж-

<sup>42</sup> *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV-XVII веков*, 31, 182–183; *Акты Земских соборов, Российское законодательство X-XX веков*, Том 3 (отв. ред. А. Г. Маньков), Москва 1985, 102, 286–287.

<sup>43</sup> Александр Чебышев-Дмитриев, *О преступном действии по русскому допетровскому праву*, Казань 1862, 131. О свим старијим значењима речи *вправду*, која се среће и у архаичном облику *въправду* (законито, истинито, праведно и др.), вид. *Словарь русского языка XI-XVII вв.*, Выпуск 3 (ВОЛОДЕНЬЕ-ВЯЦЩИНА), Москва 1976, 86–87.

<sup>44</sup> Н. Радојчић, 135.

<sup>45</sup> *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV-XVII веков*, 15; *Российское законодательство X-XX веков*, Том 3, 83–84.

<sup>46</sup> *Российское законодательство X-XX веков*, Том 3, 286–287.

ности, без *местнических*<sup>47</sup> разлика и класних олакшица и имунитета, какве су постојале у дотадашњој московској судској организацији; ова норма је имала у виду једнако, непристрасно суђење и за бојара и за обичног човека, са истом надлежношћу и поступком, мада не и са подједнаком кажњивошћу; судити свима, чак и пристиглим странцима, једним те истим законитим (*вправду*) поступком, „не постидети се од лица моћних и избављати оштећеног из руку неправедног“, како прописује чл. 1. X главе Уложенија<sup>48</sup>. Једном речју, пропис Саборног уложенија о једнаком и законитом судском поступку за све поданике Царства и за странце који су боравили у руској држави треба тумачити као озакоњење јединственог судско-организационог и процесног устројства којим су обухваћени сви разреди московског друштва и под чији су једнообразни кров подведени остаци имунитетске јурисдикције патримонијалних судова, и световних и црквених (Управа Патријаршијског двора).<sup>49</sup> Формулација *тем же судом судити и росправа делати по государеву указу вправду*, која се налази у чл. 1 X главе Уложенија, указује на закон као једини извор судског поступка и судске пресуде. Укратко, у условима у којима је московско друштво било подељено на класе (разреде) различитог правног капацитета „сваком поданику се судило по закону, који се на њега примењивао према његовом статусу, али је суд био дужан да буде непристрасан без обзира ко је пред њим стајао“.<sup>50</sup>

Прописи Саборног уложенија од 1649. године показују да се у руском праву XVII века укоренила не само идеја законитости већ и принцип забране ретроактивног важења закона. По угледу на Судебник од 1550. године, у чл. 4 XV главе Саборног уложенија забрањује се преиспитивање пресуда које су биле донете на основу прописа који су важили пре доношења нове кодификације. Новина у односу на Судебник од 1550. године огледала се у чињеници да је у кодификацији од 1649. године принцип забране повратног дејства закона био прописан у посебној глави XV, која је била потпуно посвећена решавању питања статуса судских предмета решених до доношења Саборног уложенија.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> *Местничество* је било привилеговано заузимање службених дужности зависно од ранга племићког рода коме појединац припада. *Местничество* је једна од специфичних установа Московске државе, која је једина током три века чувала и изражавала патримонијалне привилегије бојарства преживеле из удеоног периода, те је као таква укинута при крају московског периода, Законом од 12. јануара 1682. године. В. О. Ключевский (2004), 173.

<sup>48</sup> В. О. Ключевский (2010), 418.

<sup>49</sup> *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV-XVII веков*, 240–242.

<sup>50</sup> *Российское законодательство X-XX веков*, Том 3, 287.

<sup>51</sup> *Российское законодательство X-XX веков*, Том 3, 339–340.

Гарантовање свим поданицима Московског царства права на законито и једнако суђење, независно од њиховог службеног положаја и друштвеног ранга, унето је у кодификацију од 1649. године на захтев појединих друштвених редова, пре свега нижег службеног племства и грађанства, о чему сведочи још одлука Земског сабора од 1611. године.<sup>52</sup> С друге стране, начело законитог и једнаког суда проширено је и на странце који су боравили у Русији под притиском крупних руских трговаца, тзв. *купаца*, који су се непрекидно жалили цару Алексеју Михајловичу на привилегован положај иностраних трговаца, нарочито Енглеза, на руском тржишту. Руски трговци су желели да новом кодификацијом на једнообразан начин регулишу процесни положај странаца и на тај начин спрече настављање дотадашње праксе парцијалног уговарања режима капитулација, који је подразумевао и изузеће страних трговаца од руских судова и закона.<sup>53</sup> Афирмисање домаће власти и закона прописом којим се странцима гарантује право на законито и једнако суђење по свој прилици није оригиналан изум московског законодавца. Пропис сличног садржаја налази се и у трећој редакцији Литванског статута од 1588. године (1, 1).<sup>54</sup>

У обимној одредби Саборног уложенија о праву на законито и једнако суђење налази се и једна, на први поглед, метаправна етичка норма, која налаже судијама да не суде „према пријатељству или непријатељству“ нити у страху од моћних („не стыдяся лица сильных“).<sup>55</sup> Реч је, заправо, о широј реинтерпретацији одредбе чл. 1 Судебника цара Ивана Грозног од 1550. године којом се гарантовала судска независност: „Суд да не буде никоме пријатељ, нити осветник; и мито (*посул*) суд да не узима.“<sup>56</sup> Повезујући у Саборном уложенију начело судске независности са гаранцијом законитог и једнаког судског поступка, московски законодавац из XVII века показује да их већ сматра комплементарним правним институтима. Начелна гаранција судске независности из чл. 1 X главе Саборног уложенија добила је у даљем тексту кодификације нормативну разраду кроз читав низ кривичних дела, којима су санкционисани бројни облици злоупотребе положаја од стране судија и помоћног судског персонала, као и кроз мере административног и процесног карактера којима се обезбеђивао непристрасан и савестан рад судија.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Статут Великога княства Литовскога 1588*, 351.

<sup>55</sup> *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV-XVII веков*, 31; *Российское законодательство X-XX веков*, Том 3, 102.

<sup>56</sup> *Российское законодательство X-XX веков*, Том 2, 97, 131; *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV-XVII веков*, 182–183; *Российское законодательство X-XX веков*, Том 3, 286.

<sup>57</sup> О различитим облицима збирног кривичног дела злоупотреба службеног положаја у Саборном уложенију од 1649. године, као и о руским изворима и

## 6. ЗАКЉУЧАК

У Московској држави се до начела законитости, односно до идеје о супрематији права дошло, као и у Византији, „одозго“, законодавним радом врховне власти. Насупрот томе, до идеје о супрематији права у Енглеској, која се скоро једнодушно сматра ексклузивном родоначелницом те идеје, дошло се „одоздо“, борбом феудалног сталежа за очување старих, традицијом освештаних привилегија (*iura ac libertates*).<sup>58</sup> При томе, појава начела законитости у руском законодавству била је условљена деловањем читавог низа специфичних историјских чинилаца који су пратили процес преображаја руске државе из патримонијалне кнежевине у јединствено православно царство. Слични спољни чиниоци закономерно су утицали на појаву идеје о свемоћи државног закона и у оним правним системима континенталне Европе који се нису развијали под доминантним утицајем византијског права, какво је, примера ради, било право Велике Кнежевине Литве. И док се идеја о супрематији права у средњовековној Енглеској претворила у средство борбе феудалног сталежа против круне, ради очувања дуалистичког система власти (феудална мешовита влада),<sup>59</sup> у Московској држави идеја о супрематији права послужила је даљој статусноправној хомогенизацији становништва, унификацији права и централизацији државе. Донекле различито историјско порекло, а пре свега различита политичка улога идеје о супрематији права у Московској Русији у односу на западне феудалне државе није разлог да се негира само постојање начела законитости у законодавству и пракси Московске државе XVI и XVII века.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Акты Земских соборов, *Российское законодательство X–XX веков*, Том 3 (отв. ред. А. Г. Маньков), Москва 1985.

литератури који се тичу овог кривичног дела, више у: Зоран Чворовић, *Кривично право у Уложенију цара Алексеја Михаиловича*, необјављена докторска дисертација, Крагујевац 2013, 254–277.

<sup>58</sup> Stanley B. Chrimes, *English Constitutional History*, London 1965, 96–98; Лидија Р. Баста Флајнер, *Политика у границама права. Студија о англосаксонском конституционализму*, Београд 2012, 27–46; Марко Павловић, „800 година Magna Cartaе“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 3 (ур. С. Борђевић), Крагујевац 2015, 3–16; Владан Петров, *Енглески устав*, Београд 2007, 76; Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 1996, 294, 300, 303; Н. Радојчић, 129–130.

<sup>59</sup> Л. Р. Баста Флајнер, 29–30.

- Баста Флајнер, Л. Р., *Политика у границама права. Студија о англо-саксонском конституционализму*, Београд 2012. (Basta Flajner, L. R., *Politika u granicama prava. Studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, Beograd 2012)
- Беляев, И. Д., *История русского законодательства*, Санкт-Петербург 1999.
- Бенеманский, М., *Закон градский. Значение его в русском праве*, Москва 1917.
- Chrimes, S. B., *English Constitutional History*, London 1965.
- Чворовић, З., *Кривично право у Уложенију цара Алексеја Михаиловића*, необјављена докторска дисертација, Крагујевац 2013. (Čvorović, Z., *Krivično pravo u Uloženiju cara Alekseja Mihailoviča*, neobjavljena doktorska disertacija, Kragujevac 2013)
- Чебышев-Дмитриев, А., *О преступном действии по русскому до-петровскому праву*, Казань 1862.
- Черепнин, Л. В., *Земские соборы Русского государства в XVI-XVII вв.*, Москва 1978.
- Демченко, Г. В., *Наказание по Литовскому статуту, в его трех редакциях (1529, 1566 и 1588 гг.)*, Часть первая, Киев 1894.
- Дьяконов, М., *Очерки общественного и государственного строя Древней Руси*, Москва – Ленинград 1926.
- Филиппов, А. Н., *Учебник истории русского права*, Часть I, Юрьев 1907.
- Gong, G. W., *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford 1984.
- Hammer, D. P., „Russia and the Roman Law“, *American Slavic and east European Review* 1/1957.
- Иеринг, Р., *Дух римского права на различных ступенях его развития*, Част первая, Санкт-Петербург 1875.
- Кавелин, К., „Гражданское право. История русского судоустройства“, *Государство и община*, Москва 2013.
- Калачов, Н., *О значении Кормчей в системе древняго русского права*, Москва 1850.
- Ключевский, В. О., *История сословий в России: Полный курс лекций*, Минск 2004.
- Ключевский, В. О., *Русская история*, Москва 2010.
- Лаппо, И. И., *Литовский статут 1588 года*, Т. I. Kaunas 1934.

- Ляшенко, А. Г., Журнелиук, Г. В., „Статут 1529 г. в контексте концепции верховенства права“, *Статут Вялікага княства Літоўскага 1529 года – падмурак развіцця беларускай дзяржаўнасці і канстытуцыйналізму (да 480-годдзя прыняцця)*, Минск 2009, [http://www.law.bsu.by/pub/31/2009\\_1.pdf](http://www.law.bsu.by/pub/31/2009_1.pdf), 16. януар 2017.
- Нарочницка, Н., *Русија и Руси у светској историји*, Београд 2008. (Naročnicka, N., *Rusija i Rusi u svetskoj istoriji*, Београд 2008)
- Носов, Н. Е., „Собор „примирения“ 1549 года и вопросы местного управления (на перепутье к земским реформам)“, *Внутренняя политика царизма (середина XVI – начало XX в)*, Труды ЛОИИ, Вып. 8, Ленинград 1967, [http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov\\_N\\_E\\_8.pdf](http://www.spbiiran.nw.ru/wp-content/uploads/2016/08/Nosov_N_E_8.pdf), 25. януар 2017.
- Павловић, М., „800 година Magna Cartaе“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 3 (ур. С. Ђорђевић), Крагујевац 2015. (Pavlović, M., „800 godina Magna Cartae“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, књ. 3 (ур. S. Đorđević), Крагујевац 2015)
- Петров, В., *Енглеску устав*, Београд 2007. (Petrov, V., *Engleski ustav*, Београд 2007)
- Радојчић, Н., „Снага закона по Душанову Законику“, *Глас СКА СХ*, Београд 1923. (Radojčić, N., „Snaga zakona po Dušanovu Zakoniku“, *Glas SKA SX*, Београд 1923)
- Сергеевич, В. И., *Лекции и исследования по древней истории русского права*, <http://www.twirpx.com/file/261895/>, 28. децембар 2016.
- Словарь русского языка XI-XVII вв*, Выпуск 3 (ВОЛОДЕНЬЕ-ВЯЩЬИНА), Москва 1976.
- Соборное уложение 1649 года, *Законодательные памятники Русского централизованного государства XV-XVII веков* (рук. авт. коллектива А. Г. Маньков), Ленинград 1987.
- Соловьев, С. М., *История России с древнейших времен*, Москва 2009.
- Статут Великого княжества Литовского 1529 года*, комментарии К. И. Яблонскис, Минск 1960, <http://nicolaev.livejournal.com/1269730.html>, 16. януар 2017.
- Статут Великага княства Літоўскага 1588, Тэксты, Даведник, Каментары*, Мінск 1989.
- Судебник 1497 и 1550 года, *Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства, Российское законодательство X-XX веков*, Том 2 (отв. ред. А. Д. Горский), Москва 1984.

- Тарановски, Т., *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 1996. (Taranovski, T., *Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi*, Beograd 1996)
- Тиктин, Н. И., *Византијско право как источник Уложения 1648 года и новоуказных статей*, Одесса 1898.
- Тојнби, А., *Проучавање историје*, Подгорица – Београд 2002. (Tojnbi, A., *Proučavanje istorije*, Podgorica – Beograd 2002)
- Томсинов, В. А., „Судебници 1497 и 1550 годов как памятники юриспруденции Московского государства“, *Проблемы истории государства и права*, Москва 2009, <http://tomsinov.com/IOGP/sud1497.pdf>, 4. јануар 2017.
- Вебер, М., *Привреда и друштво*, I том, Београд 1976. (Veber, M., *Privreda i društvo*, I tom, Beograd 1976)
- Владимирскій-Буданов, М. Ф., *Немецкое право в Польше и Литве*, Санкт-Петербург 1868.
- Владимирскій-Буданов, М. Ф., *Обзор истории рускаго права*, Петроград-Киев 1915<sup>7</sup>.
- Wittfogel, K. A., *Orientalna despocija/Uparedno istraživanje totalne moći*, Zagreb 1988.

Zoran Čvorović, PhD

Assistant Professor

University of Kragujevac, Faculty of Law

## PRINCIPLE OF LEGALITY IN RUSSIAN LAW OF 16<sup>th</sup> AND 17<sup>th</sup> CENTURY

### *Summary*

This research concentrates on emergence and development of the principle of legality in the Russian law of 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> century. The paper begins with a review of the thesis that Russian state was an oriental despotism and denies even existence of an idea about supremacy of law in any period of the Russian legal system development. For the purpose of contesting this thesis, deeply ingrained in the Western European social science, this article elaborates Russian legal sources of 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> century. Firstly, Sudebnik from 1550 as the first Russian legal document which contains a regulation that declares statute as the only source of law and which also provides legal procedures in courts and administration.



Emergence of the principle of legality in Russian law is usually brought into relation with social, organizational and territory changes that Moscow Russia was undergoing at the beginning of rule of the Emperor Ivan IV. In addition, this article is analyzing provisions of Ulozenije from 1649 that speak about further development of the principle of legality in Russian legal system of 17<sup>th</sup> century.

Key words: *Principle of legality. – Russian law. – Sudebnik from 1550. – Ulozenije from 1649.*

Article history:  
Received: 30. 8. 2017.  
Accepted: 5. 2. 2018.

Др Катарина Доловић Бојић\*

## УТИЦАЈ ПРЕСТАНКА УГОВОРА НА СТЕЧЕНО ПРАВО СВОЈИНЕ ПРИБАВИОЦА И ТРЕЋЕГ ЛИЦА У СРПСКОМ ПРАВУ

*Предмет овог рада је испитивање оправданости примене начела каузалне традиције у ситуацији када уговор као основ стицања престане да постоји, након што је дошло до предаје/уписа у регистар непокретности, те и његов утицај на положај трећих лица на која је спорно право својине пренето.*

*Готово је једногласно прихваћено становиште да опстанак права својине трећег лица зависи од његове савесности. Ту почиње, али се, углавном, и завршава одговор на то питање. На њега се ставља тачка без даље анализе. Међутим, питања се отварају, а нелогичности намећу саме. Прво, како се схвата савесност трећег лица, односно, када је он савестан, а када не? Друго, у ком тренутку се испитује савесност трећег? Треће, по нама је најинтересантније, а можда и најбитније питање да ли је уопште савесност трећег битна за опстанак већ стеченог права.*

Кључне речи: *Престанак уговора. – Право својине. – Упис у регистар непокретности. – Начело каузалне традиције. – Савесност.*

### 1. УВОД

Неспорно је да у нашем праву упис у регистар непокретности представља правну радњу, која важи само онда када јој претходи пуноважни основ стицања.<sup>1</sup> То је неспорно како у законском

---

\* Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*. Рад представља резултат рада на пројекту Универзитета у Београду – Правног факултета под називом *Идентитетски преображај Србије*.

<sup>1</sup> Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1980, 201.

тексту<sup>2</sup> и текстовима нацрта законика (Нацрту грађанског законика<sup>3</sup>, Нацрту законика о својини и другим стварним правима<sup>4</sup>), тако и у судској пракси<sup>5</sup>.

С друге стране, ниједан текст не помиње савесност као услов за уговорно стицање права својине на непокретности. Али је исто тако неспорно да судска пракса сматра да је испуњење тог услова неопходно за стицање права својине на непокретности. Уколико прихватимо савесност као неопходан услов, морамо најпре дефинисати шта тачно подразумевамо под тим појмом. Јасно је да је реч о једном виду некоректног понашања у правном промету, које правни поредак не би требало да толерише,<sup>6</sup> али нам се чини да адекватна дефиниција тог појма недостаје.

<sup>2</sup> Чланом 33 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон, прописано је да се право својине на непокретности на основу правног посла стиче уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом.

<sup>3</sup> Нацрт грађанског законика не одступа од важећег решења, те у чл. 1709 стоји да се право својине на непокретности стиче уписом у земљишну књигу, а на основу пуноважног уговора о продаји са сопствеником.

<sup>4</sup> Чланом 88 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима прописано је да се право својине на непокретности, као и покретности за коју је законом предвиђено да се право својине на њој стиче уписом у јавни регистар, стиче уписом у јавни регистар на основу пуноважног уговора са власником или лицем овлашћеним да располаже њоме, подесног за пренос својине, закљученог у писаном облику уз оверу надлежног органа и пуноважне изричите изјаве преносиоца, дате у писаном облику уз оверу надлежног органа, да пристаје да стицалац упише право својине (изјава о дозволи уписа).

<sup>5</sup> Управо нам је због тога привукла пажњу пресуда Врховног касационог суда, Рев 1730/2015 од 31. марта 2016. године, у чијем образложењу стоји да „за стицање права својине на непокретности на основу уговора о преносу права својине, није довољно то што је право својине на непокретности уписано у јавну књигу у одређеној површини, већ је потребно и да стицалац ступи у државину прибављене непокретности у површини наведеној у уговору“. Такав став суда сматрамо апсолутно неприхватљивим јер је неспорно и у законском тексту и у домаћој теорији и пракси да ступање у посед – државина није услов за стицање права својине на непокретности. Читајући образложење пресуде, претпостављамо да је суд до таквог става дошао имајући у виду чињеницу да тужиља није ступила у посед читаве непокретности, а да су управо на том делу тужени засновали савесну и закониту државину. Упркос томе, а имајући у виду да суд не говори о одржају, те не указује на то да су тужени испунили услов за оригинарно стицање својине (а посебно будући да је реч о делу непокретности, тачније – „деловима суседних парцела“), сматрамо да је цитирана пресуда у супротности са законским текстом. За супротно види нпр. Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, Београд 2012, 202.

<sup>6</sup> Nikola Gavella, *Stvarno pravo*, svezak prvi, Narodne novine, Zagreb 2007, 464.

Иако предмет овог рада није стицање права својине уговором<sup>7</sup> већ утицај престанка тог истог уговора на право својине (трећег) лица које је стекло ствар од уговорника из раскинутог/поништеног уговора, неопходно је укратко се осврнути и на питање услова за стицање права својине на основу уговора. Тачније, не само на питање услова већ и односа титулуса и модуса у самој фази уговорног стицања права својине. Управо ће од тог односа зависности модуса од титулуса (каузалности уписа), а у каснијем тренутку раскида<sup>8</sup>/поништаја уговора, зависити и опстанак права трећих лица. Наиме, начело каузалне традиције примењује се не само на тренутак стицања права својине, већ и онда када је већ дошло до предаје (покретних ствари), односно уписа у регистар (непокретности), а на основу основа који више не постоји или није ваљан.<sup>9</sup> Предмет овог рада је испитивање оправданости примене начела каузалне традиције у ситуацији када уговор као основ стицања престане да постоји, а након што је дошло до предаје/уписа у регистар непокретности, те његов утицај на положај трећих лица на која је спорно право својине пренето.

Одговор на питање утицаја престанка уговора на стечено право својине трећег лица покушаћемо да нађемо и на пољу стварног и на пољу облигационог права. У првом случају, решење тражимо у односу модуса и титулуса. Питамо се може ли се остати у оквирима постојећег система стицања својине а одступити од њега на плану последица престанка уговора. Разлог би био више него оправдан – заштита начела правне сигурности и трећих лица као стичалаца права. Такође, не видимо разлог позивања на савесност трећих лица као могуће објашњење постављеног проблема, осим елегантног начина да се избегне одговор на једно веома деликатно питање које ствара доста проблема у пракси. У другом случају, на пољу облигационог права, на проблем наилазимо у ретроактивном дејству поништаја и раскида уговора, те брисању дејстава која је уговор произвео, а самим тим и у обавези реституције као последице ретроактивности. Реституција, даље, отвара питање могућности преносиоца из уговора који више не постоји да потражује ствар од трећег лица.

<sup>7</sup> О стицању права својине у српском праву вид. Miloš Živković, „Acquisition of Ownership of Real Property by Contract in Serbian Law – Departing from the *titulus – modus* System?“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2015, 118–124.

<sup>8</sup> Вид. Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб 1978, 525. Аутор примећује, имајући у виду чл. 132 Закона о обвезним односима („Учинци раскида“), „да закон има у виду само оне правне учинке које раскид уговора доводи у односу према уговорним странама, а не и оне у односу према самом уговору који се раскида, као ни оне у односу према трећим особама (а што представља предмет овог рада) које су прије извршеног раскида, а у вези с дотичним уговором, већ стекле неко право“.

<sup>9</sup> Tatjana Josipović, *Property Law and Trust Law: Croatia*, Kluwer Law International, 2013, 165.

## 2. ДА ЛИ ПРИБАВИЛАЦ СТИЧЕ ПРАВО СВОЈИНЕ КАО КОНАЧНО ИЛИ НЕ?

### 2.1. Коначност у стицању права својине

Уколико је право својине коначно стечено, тада престанак уговора, то јест основа стицања власниковог претходника не утиче на једном већ стечено право. На тај начин тзв. трећа лица би била заштићена од могућности губитка једном стеченог права, а из разлога који се тиче других лица.

### 2.2. „Условно“ стицање права својине

Иако смо овај одељак насловили „Условно стицање права својине“, у овом случају није реч о томе да треће лице стиче право својине на основу уговора модификованог условом.<sup>10</sup> Наиме, под условом, односно модификацијом правног посла подразумева се „уношење у садржину правног посла састојака путем којих се утиче на дејство правног посла“.<sup>11</sup> У нашем случају, треће лице стиче право својине на основу уговора који није модификован условом. Управо због тога су у наслову стављени знаци навода.<sup>12</sup>

На овом месту отварамо два питања: прво, како објаснити „условност“ у стицању права својине, односно ситуацију да када „падне“ право преносиоца, „пада“ и право стицаоца, то јест свих трећих лица којима је евентуално стицалац даље пренео то право и, друго, од чега зависи да ли ће се стицање права својине посматрати као коначно или условно стечено?

У одговору на постављена питања поћи ћемо од појма и дејства тзв. домино ефекта. У појму домино ефекта крије се одговор на прво питање, док се у узроку појаве домино ефекта крије одговор на друго постављено питање.

<sup>10</sup> О правом условном стицању права својине вид. Christian Larroumet, *Droit Civil, Les Biens, Droits réels principaux*, Tome II, Paris 2006, 186. Преношење права својине које зависи од одложног или раскидног услова аутора подсећа на алеаторни уговор јер је немогуће утврдити унапред ко ће на крају бити титулар конкретног права.

<sup>11</sup> Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 435.

<sup>12</sup> Посматрано из угла трећег лица, та ситуација подсећа (али то никако није!) на стицање права својине уговором који је модификован раскидним условом. Раскид или поништај уговора (којим је право својине стекао претходник трећег лица), односно престанак његовог постојања као основа стицања представљао би испуњење раскидног услова. Његово дејство огледало би се у томе што би самим чином раскида, односно поништаја по сили закона „пало“ право својине трећег лица. Тачније, у случају испуњења раскидног услова правно дејство које је већ наступило престаје – треће лице, у случају примене домино ефекта, губи стечено право, и то тренутком престанка уговора свог претходника.

### 2.2.1. Значење тзв. домино ефекта

Домино ефекат доводимо у везу са „условним“ стицањем права својине. Он онемогућава коначност, а узрокује привременост у стицању права. Назив потиче од игре домино – падне ли једна домина, пашће све у низу јер ће пад једне изазвати ланчану реакцију. Домина би у нашем случају била право својине. Уколико би „пало“ право преносиоца, то би аутоматски изазвало и „пад“ права својине лица које је то право стекло од преносиоца. Уколико је стицалац то право пренео даље, и то треће лице остало би без једном стеченог права. „Пала“ би, дакле, у виду домина сва права у низу, од преносиоцевог, до права последњег стицаоца.

### 2.2.2. Узрок појаве тзв. домино ефекта

Домино ефекат настаје као последица прихваћеног начина настанка права својине у нашем праву. Наиме, да би упис<sup>13</sup> у регистар непокретности довео до стицања права својине, неопходно је да је тај упис заснован на пуноважном уговору као основу стицања. Стога, престанак постојања основа доводи у питање опстанак уговором стеченог права својине. И то не само права својине једног имаоца већ, уколико је располагао истим правом, доведен би био у питање опстанак права својине и стицаоца. Очигледно је да домино ефекат представља велики недостатак<sup>14</sup> уговорног стицања<sup>15</sup> својине у нашем праву јер иде на штрб правне сигурности.

Домино ефекат и „условност“ стицања права доводе до тога да стицање некада може да има само привремени карактер. Коначно, настаје једна фаза неизвесности – да ли ће стечено право својине опстати или ће власник остати без власништва над ствари. Једном стечено право може се у неком каснијем тренутку изгубити из разлога који се не може уписати у кривицу ономе ко без права остаје. И не само то, него без права се остаје из разлога који се имаоца и не тиче, за који ималац нити зна нити на њега може да утиче.

Да ли то значи да фактор среће постаје нови услов уговорног стицања својине? Након што, дакле, испунимо све услове за стицање

---

<sup>13</sup> Право својине стечено је од тренутка предаје предлога за упис служби за катастар непокретности (уколико, наравно, упис буде допуштен). Д. Лазаревић, 204–205.

<sup>14</sup> Милош Живковић, *Промене стварног права у Србији*, Београд 2004, 82.

<sup>15</sup> Гамс указује на сличност између немачког и српског права у ситуацији када је реч о неодређеним стварима, а будући да се тада не може захтевати повраћај ствари својинском већ само тужбом из правно неоснованог обогаћења („Ако су предале по роду одређене ствари, није могућа ревиндикација, него се могу тражити само као неосновано обогаћење, тако да се у погледу генеричних ствари наш систем приближава немачком.“). Разлике, дакле, и нису тако велике како се на први поглед чинило. А. Гамс, 196.

својине, неопходно је да уговор нашег претходника и његовог преносиоца остане пуноважан. Сложићемо се да то можемо назвати само срећом јер како се другачије зове нешто на шта не можемо да утичемо нити чак да га предвидимо.

Применом домино ефекта озбиљно би била пољуљана правна сигурност, посебно у случају када је право пренето трећем лицу, које је, опет, ствар можда и даље отуђило. Што више правног промета, то јест домина у низу, то угрожавање правне сигурности постаје алармантније.

### 2.3. Однос основа и начина стицања – упоредноправни приступ

Наше право (као и земље у окружењу<sup>16</sup>, то јест „државе наследнице Југославије“<sup>17</sup>), које прихвата каузални пренос права својине, увиђамо, значајно се у том питању разликује од француског<sup>18</sup>, немачког, а донекле, али у мањој мери, и од швајцарског права.

Почнимо са анализом од швајцарског права. За разлику од француског права, у којем до преласка својине долази самим закључењем уговора јер уговор има транслативно дејство, у швајцарском праву сам уговор није довољан за пренос својине. Међутим, у швајцарском праву ипак наилазимо на једну специфичност која тај систем приближава француском, а опет удаљава од нашег, али и немачког правног система. Наиме, чланом 185 швајцарског Законика о облигацијама прописано је да када дође до продаје индивидуално одређене ствари, ризик прелази на купца тренутком закључења уговора, односно купац мора платити цену чак и уколико роба пропадне пре предаје ствари. Цитирани члан представља значајни изузетак од правила, имајући у виду да у швајцарском праву (као и у нашем, али и немачком) мора доћи до предаје ствари,<sup>19</sup> односно уписа у регистар<sup>20</sup> како би својина била пренета на купца.<sup>21</sup> Даље, каузалност<sup>22</sup> је у швајцарском пра-

<sup>16</sup> За хрватско право вид., на пример, Т. Josipović, 61.

<sup>17</sup> Наташа Хаџимановић, „Критички прилог о питању могућности некаузалног и неакцесорног уређења права обезбеђења – истовремено испитивање“, *Нова правна ревија* 2/2012, 33.

<sup>18</sup> Као и италијанског, али и свих оних правних система који следе дух и традицију француског права.

<sup>19</sup> За покретне ствари види чл. од 187 до 215 швајцарског Законика о облигацијама.

<sup>20</sup> За непокретности види чл. од 216 до 221 швајцарског Законика о облигацијама.

<sup>21</sup> Eugen Bucher, „Law of Contracts“, *Introduction to Swiss Law* (eds. F. Dessemontet, T. Ansay), Kluwer Law International – Schulthess, The Hague – Boston – London 2004<sup>3</sup>, 134.

<sup>22</sup> За покретне ствари вид. Bénédicte Foëx, Sylvain Marchand, „National Reports on the Transfer of Movables in Switzerland“, *National Reports on the Transfer of*

ву<sup>23</sup> неспорна у стицању права својине, што произлази и из члана 974, као и чл. 975, ст. 1 швајцарског Грађанског законика, који указују на неопходност оправданости (заснованости на правном основу) уписа права у регистар непокретности, са циљем стицања права.<sup>24</sup> За разлику од стицања права својине на стварима, питање цесије потраживања отвара бројне дилеме у швајцарском праву јер је спорно да ли је исти пренос каузалан или апстрактан.<sup>25</sup>

За разлику од нашег, швајцарског и немачког правног система, у француском праву уговор има транслативно дејство. Чини се да је ситуација најједноставнија у француском праву, у којем сам уговор преноси право својине својим транслативним дејством<sup>26</sup> те је онда логично да „падом“ уговора „падају и права пренета њиме“. Даље, ризик се преноси на купца истовремено са правом својине, па чак и онда када ствар још увек није испоручена.<sup>27</sup> Ово свакако представља лошу страну стицања права својине *solo consensu*.<sup>28</sup>

У немачком праву постоји апстрактност у стицању права својине, то јест независност *modusa* од *titulusa* као правног основа. Та апстрактност има два аспекта: материјалну и формалну. Прва се огледа у питању да ли *modus* мора бити заснован на правном основу, а друга у питању да ли ваљаност *modusa* (стварноправног апстрактног правног посла)<sup>29</sup> зависи од ваљаности *titulusa* као правног основа.<sup>30</sup> С обзиром на апстрактност *modusa* у односу на *titulus*, чак и након

*Movables in Europe, Volume 6, The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia* (eds. W. Faber, B. Lurger), Munich 2011, 189–190.

<sup>23</sup> Вид. и Georg von Segesser, *Property and Trust Law: Switzerland*, Kluwer Law International, 2016, 20.

<sup>24</sup> Вид. чл. 974 швајцарског Грађанског законика, у којем је очигледно да упис у регистар непокретности мора бити оправдан, то јест заснован на правном основу.

<sup>25</sup> Више о овоме вид. Н. Хаџимановић, 35.

<sup>26</sup> О значају уписа у регистар непокретности у случају вишеструких продаја, те заштити купца од свих трећих лица која евентуално могу закључити уговор са продавцем вид. Marie-Laure Mathieu, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Paris 2013, 125.

<sup>27</sup> Чл. 1138, ст. 2 француског Грађанског законика.

<sup>28</sup> Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvies Cimamonti, „Les Biens“, *Traite de droit civil* (ed. J. Ghestin), L.G.D.J., Paris 2010, 263.

<sup>29</sup> Вид. чл. 929 немачког Грађанског законика који прописује да је за пренос својине на покретним стварима неопходно да осим саме предаје уговорници постигну и сагласност о томе да се предајом преноси својина. Тај споразум представља посебан правни посао, одвојен и независан од уговора као правног основа стицања права својине. Дакле, сам споразум о преносу својине мора бити праћен и самим фактом предаје.

<sup>30</sup> Mary-Rose McGuire, „National Reports on the Transfer of Movables in Germany“, *National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume 3, German, Greece, Lithuania, Hungary* (eds. W. Faber, B. Lurger), Munich 2011, 73.



престанка постојања уговора као основа, опстанак стеченог права се не доводи у питање. Неспорно је да немачко решење има највише слуха за потребе сигурности правног промета, као и заштите интереса трећих лица која су право својине стекла пре него што је престао да постоји уговор као основ стицања његовог претходника.<sup>31</sup>

### 3. УТИЦАЈ САВЕСНОСТИ ТРЕЋЕГ ЛИЦА НА ОПСТАНАК СТЕЧЕНОГ ПРАВА СВОЈИНЕ

#### 3.1. Уводна излагања/осврт на постојеће стање у нашој пракси и литератури

Готово је једногласно прихваћено становиште да опстанак права својине трећег лица зависи од његове савесности.<sup>32</sup> Ту почиње, али се, углавном, и завршава одговор на то питање. На њега се ставља тачка без даље анализе. Једино што закључујемо из таквог става јесте да се мисли на савесност трећег лица које стиче својину од онога чији основ стицања накнадно пада. Међутим, питања се отварају, а нелогичности намећу саме. Прво, како се схвата савесност трећег лица, односно када је он савестан, а када не? Друго, у ком тренутку се испитује савесност трећег? Треће, по нама је најинтересантније, а можда и најбитније питање због чега је савесност трећег битна за опстанак већ стеченог права.

Такође, може се приметити да поједини аутори пишу о могућности да треће лице стекне право својине на други начин, оригинарним путем – стицањем од невластника (само код покретних ствари) или одржајем. Овде, дакле, није реч о опстанку једном већ стеченог права већ о стицању права својине. Отуда они савесност трећег посматрају само као један од услова, који ће тек уз испуњеност осталих услова довести до стицања својине оригинарним путем.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> О три система стицања права својине вид. М. Живковић (2015), 113–118.

<sup>32</sup> Вид. на пример: Љубиша Ђорђевић, *Облигационо право*, Београд 1977, 151 и 153: „Савесна трећа лица могу задржати стечено право и поред тога што је дошло до раскида уговора... Иако се у случају поништења уговора сматра као да уговор није био закључен, права савесних трећих лица морају бити поштована.“ Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2014, 183 и 193: „Дејство раскида уговора према трећим лицима зависи од њихове савесности, односно несавесности... Ипак, поништењем се, у извесним случајевима, не дира у права трећег савесног лица...“ Михаило Константиновић, *Према белешкама са предавања*, Београд 1989, 75: „Иако поништење уговора има ретроактивно дејство, права савесних трећих лица остају нетакнута.“ Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право – општи део*, Београд 1976, 259: „Раскид уговора због неизвршења, у принципу, не може изазвати никаква неповољна дејства према трећим савесним лицима...“

<sup>33</sup> У томе решење проблема види Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 519.

Међутим, стицање својине оригинарним путем није спорно јер та могућност постоји увек, а не само у ситуацијама које су предмет нашег истраживања. Даље, не би требало заборавити да се стицање од невласника као начин стицања својине односи само на покретне ствари, те да нам, када су у питању непокретности, остаје само одржај као могућност. И на крају, уколико у томе видимо једино решење, онда прихватамо идеју да права трећих „падају“, односно да престанак основа стицања претходника изазива домино ефекат јер се окрећемо другим начинима стицања као јединој шанси.<sup>34</sup>

На први поглед се можда и намеће као логичан одговор да опстанак права трећег зависи од његове савесности. Али само у тренутку. Поставимо ли три поменута питања, увидећемо сву комплексност теме којом се бавимо. У излагању које следи настојаћемо да одговоримо на поменута питања јер нам се чини да се тој теми не посвећује довољно пажње у литератури и коментарима закона. Као да је теоретичари стварног права препуштају ауторима који се баве материјом облигационог права и обрнуто.

### 3.2. Када је треће лице савесно?

На самом почетку се може приметити да без одговора на друго питање не можемо дати целовит одговор ни на прво. Наиме, да бисмо дефинисали савесност, неопходно је најпре утврдити у ком тренутку се испитује њено постојање. Стога ћемо се на прво питање вратити тек након што испитамо у ком временском тренутку би требало посматрати савесност трећег лица.

### 3.3. У ком тренутку се испитује савесност трећег?

Уколико говоримо о савесности у различитим тренуцима, онда бисмо је нужно и различито схватили.

<sup>34</sup> Слично и Б. Визнер, 462. Наиме, у коментару чл. 132 (који регулише питање дејства раскида), када говоре о утицају раскида на трећа лица, коментатори упућују на коментар уз чл. 104 (који регулише последице ништавости), сугеришући на тај начин истоветност ситуација. Коментатори, дакле, сматрају да би требало на исти начин решавати ситуације када се постави питање обавезе повраћаја ствари коју је треће лице стекло пре него што је уговор којим је његов претходник стекао ствар раскинут односно утврђена његова ништавост. Међутим, примећујемо да је у случају ништавости треће лице ствар стекло од невласника, с обзиром на то да је са-уговорник трећег лица ствар стекао на основу ништавог, то јест уговора који не производи правно дејство. У случају раскида уговора, пак, треће лице је ствар стекло од власника (с обзиром на то да раскид представља престанак пуноважног уговора), а тек након тога је дошло до раскида уговора закљученог између претходника трећег лица и његовог преносиоца. Исто решење као у случају престанка уговора раскидом требало би применити и за поништај уговора, будући да је и тада треће лице стекло ствар од власника, чији је уговор са његовим преносиоцем тек накнадно поништен (а све док није био поништен уговор је производио правно дејство).

У једном од Коментара Закона о облигационим односима стоји да „уколико је треће лице било савесно приликом стицања ствари, раскид уговора његовог претходника не би имао утицаја на њега и он би задржао и даље ту ствар... У случају несавесности трећег лица... морао би да изврши повраћај онога што је добио.“<sup>35</sup>

Због чега се посматра тренутак стицања својине? Да ли је уопште могао постати власник уколико је био несавестан? Јер, уколико је био несавестан, не би требало ни да је стекао право својине, па самим тим га не може ни изгубити. С друге стране, уколико нешто није стечено, не можемо говорити не само о његовом губитку већ се не може доводити у питање ни његов опстанак.

Чак и да је био несавестан, теоријски посматрано, а стекао је ипак право својине, због чега би касније био санкционисан због те несавесности, и то из разлога који се њега не тиче, односно због тога што је његов претходник остао без правног основа стицања? Наиме, савесност/несавесност трећег лица у тренутку стицања права својине оцењивала се с обзиром на околности од значаја за настанак права својине у тренутку стицања. Због чега би се онда узимала као критеријум за опстанак права својине трећег лица, када се то питање поставља тек у неком каснијем тренутку и у вези са поништајем или раскидом уговора у којем треће лице није уговорна страна?

Други могући одговор на постављено питање јесте у томе да се посматра савесност у тренутку када преносилац остаје без правног основа стицања, односно у тренутку када долази до поништаја или раскида преносиоачевог уговора. Савесност бисмо тада могли дефинисати на начин да би се треће лице сматрало савесним уколико није знало нити могло знати за постојање разлога за поништај или раскид уговора којим је његов претходник стекао својину. Ипак, не би требало заборавити да говоримо о уговору који је за треће лице „ствар између других“.

То би, дакле, значило да је треће лице несавесно уколико је знало или је морало знати да постоји разлог за раскид уговора његовог претходника или, пак, да има или би бар требало да има сазнања о разлогу за поништај уговора у чијем закључивању он и није учествовао. Како се савесност увек претпоставља, поставља се питање како би то и било могуће доказати? А све и када би се доказало, због чега би требало санкционисати некога ко, посматрајући са стране извршење неког уговора, види разлог за раскид или поништај? Све и да је свестан постојања тих разлога, како оно може знати да ће уговорник из тог уговора и остварити своје право на раскид, односно

<sup>35</sup> Борислав Благојевић *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, Београд 1983, коментар уз чл. 132 Закона о облигационим односима, 397–398.

покренути поступак за поништај уговора и, још више, да ће суд пре-судом уговор и поништити (или раскинути уколико је реч о раскиду због промењених околности), односно да можда неће доћи до неког накнадног контролног поступка у којем би се можда утврдило да је изјава воље усмерена на раскид била неоснована, те да до раскида у ствари није ни дошло (у случају раскида уговора због неизвршења)?

Иако сматрамо да савесност не може бити услов опстанка стеченог права својине трећег лица, уколико бисмо ипак покушали да дефинишемо тај појам, пошли бисмо од другог понуђеног одговора на питање релевантности тренутка за испитивање савесности трећег лица. Из њега би произашао и одговор на прво постављено питање – шта се сматра савесносношћу трећег лица, односно када је треће лице савесно? Да закључимо, према нашем мишљењу, на овом месту је искључиво реч о савесности трећег лица у погледу постојања и ваљаности правног основа преносиоца (а на начин описан у претходним пасусима). Неопходно је, стога, разликовати схватање појма савесности на управо описан начин од појма савесности државине као услова за стицање права својине одржајем, с једне стране, и појма савесности стицаоца као услова за стицање права својине на основу стицања од невласника.

### 3.4. Утицај савесности на опстанак стеченог права

Из одговора на друго питање произлази и одговор на треће. Због чега би савесност/несавесност установљена у неком ранијем тренутку била од утицаја на опстанак права својине трећег лица? Треће лице је у једном ранијем тренутку испунило све услове за стицање права својине, те је постало власник ствари. Због чега би се од њега накнадно захтевало да испуњава још неке услове како би сачувао то право? Чак и када бисмо то захтевали од трећег лица, то у ствари и не би били услови које би оно морало да испуни већ ствар среће – да „не падне“ уговор као основ стицања његовог претходника. Стога би, дакле, услов за опстанак права својине била срећа, јер како бисмо другачије назвали нешто на шта немамо утицаја, а итекако може утицати на наш положај, у овом случају, положај нас као власника, то јест имаоца права својине на конкретној ствари.

Стога, можемо рећи да савесност не може имати утицаја на стечено право својине трећег лица из разлога правне сигурности. Али, то је само површан одговор на једно веома комплексно питање. Савесност не може имати такав утицај једноставно због тога што не видимо правно објашњење за то. Чак супротно, свако објашњење би излазило из оквира права и прелазило на терен среће за стицаоца, односно неизвесности за правни промет уопште.

Закључили бисмо да, у српском праву, морамо одвојено посматрати услове за настанак права својине, те и даље поштовати каузалност уписа, то јест зависност модуса од титулуса. С друге стране, када је у питању опстанак једном већ стеченог права, не можемо се и даље позивати на услове неопходне за настанак права јер је оно већ стечено. Треће лице је и даље ималац права, све док је уписано као такво у регистар непокретности. Због чега би опстанак права трећег зависио од титулуса његовог претходника, када и даље постоји основ његовог (трећег лица) стицања права својине.

Такође, није нам јасно због чега се говори о томе да када „падне“ право преносиоца, „пада“ и право стицаоца, то јест трећег лица. Преносилац је престао бити ималац права у оном тренутку када је то право прешло на стицаоца.

Дакле, треба одвојено посматрати два тренутка: прво, питање утицаја савесности на стицање права својине (што се своди на питање услова неопходних за стицање права својине) и, друго, питање утицаја савесности на опстанак (једном већ стеченог) права својине (након што нестане основ преносиоачевог стицања). У другом случају се пре свега поставља питање да ли уопште постоји утицај савесности на једном стечено право својине.

#### 4. ПРЕСТАНАК ОСНОВА СТИЦАЊА И ГРАНИЦЕ РЕТРОАКТИВНОСТИ

Раскид уговора са ретроактивним дејством<sup>36</sup>, као и поништај уговора, не намећу само обавезе уговорницима (у погледу реституције<sup>37</sup>, пре свега).<sup>38</sup> Они стварају последице које погађају и лица

<sup>36</sup> Више о томе вид. у: Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les biens*, Paris 2010, 163–164; Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 2009, 64–75; Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право*, Ниш 2009, 84–97.

<sup>37</sup> Више о томе вид. у: Катарина Доловић Бојић, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, Београд 2017.

<sup>38</sup> Неспорно је да је обавеза на реституцију последица и утврђења апсолутне ништавости једног уговора. Вид., на пример, Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 9812/2008(2) од 23. јануара 2009, *Paragraf Lex*. Међутим, апсолутну ништавост не помињемо из два разлога. Прво, у случају апсолутне ништавости и не говоримо о престанку постојања уговора већ о ситуацији да уговор не производи правно дејство баш из разлога своје ништавости. С друге стране, уколико је реч о, на пример, апсолутној ништавости купопродајног уговора, купац и није стекао својину по основу оваквог уговора, те чак и у случају да је располагао даље примљеном ствари, трећи није могао стећи својину, из простог разлога што преносилац није био ималац права које је покушао пренети. Отуда је положај трећих лица у таквим ситуацијама неспоран, те због тога и није предмет нашег рада.

ван уговора.<sup>39</sup> Дакле, уколико су сами уговорници засновали одређене облигационе односе са трећим лицима, тада ће последице ретроактивности осетити и та трећа лица. Иако посредне, последице по лица ван уговора могу бити веома значајне. Поставља се питање опстанка стварних права трећих лица у ситуацији када „пада“ основ стицања преносиоца. Да ли ћемо се у одговору приклонити теорији стечених права или правилу да када падне право преносиоца (у овом случају уговорника из раскинутог/поништеног уговора), пада и право прибавиоца (трећег лица)? Да ли је важније доследно применити правило повраћаја у пређашње стање потпуном реституцијом<sup>40</sup> или заштитити трећа лица?

У првом случају, трећа лица би била у сталној неизвесности јер би постојала константна могућност губитка стеченог права, и то из разлога на које треће лице не може да утиче, па чак и из разлога који се трећег лица и не тичу.

Одговор би се могао наћи у еластичнијем схватању појма ретроактивности. Наиме, ствар на којој је треће лице стекло право својине, односно само право својине може бити изражено новчаним еквивалентом.<sup>41</sup> Стога би преносилац који би ствар морао вратити свом уговорнику<sup>42</sup> своју обавезу могао испунити плаћањем вредно-

<sup>39</sup> О ретроактивном дејству престанка уговора у англосаксонском систему вид. у: Hugh Beale, *Chitty on Contracts, Vol. I, General Principles*, London 2012, 1729; Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, London 2007, 863; Lionel D. Smith, *Restitution*, Great Britain 2000, 294; Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative account*, Oxford 1988, 383. О ретроактивности у француском праву вид. у: Boris Starck, *Droit Civil, Obligations*, Paris 1972, 645; Simon Whittaker, *La résolution suite a une inexécution contractuelle et ses conséquences: Regards comparatistes sur l'avant – projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010, 219; Marie Malaurie, *Le Restitutions en Droit Civil*, Paris 1991, 54 и 57.

<sup>40</sup> Занимљивом сматрамо Пресуду Окружног суда у Београду, Гж. 506/04 од 12. октобра 2004. године, којом је делимично укинута Пресуда Општинског суда у Младеновцу П. 151/00 од 23. јуна 2003. Обе нижестепене пресуде су укинуте Решењем Врховног суда Србије, Рев. 226/05 од 19. маја 2005. Наиме, првостепени суд је обавезао туженог да тужиљи врати непокретност која је била предмет, сада раскинутог, уговора о продаји, уз истовремено обавезивање тужиље да туженом исплати примљену купопродајну цену. Међутим, занимљиво је да Окружни суд, одлучујући по жалби туженог, укида првостепену пресуду у делу који се односи на обавезивање тужиље да туженом изврши враћање купопродајне цене са каматом, а исту пресуду потврђује у делу којим је тужени обавезан да тужиљи преда непокретност.

<sup>41</sup> Вид. Решење Вишег трговинског суда Пж. 9746 од 9. децембра 2009, *ИНГ – ПРО*, електронска збирка судских одлука.

<sup>42</sup> У случају да уговор престаје да постоји раскидом због неизвршења, раскид има ретроактивно дејство, па је обавеза на реституцију неспорна последица раскида. Вид., на пример, Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1482/03 од 4. септембра 2003, *Propis Soft*, електронска база података; Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 74/11 од 30. јуна 2011, *Propis Soft*; Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 539/95

сти ствари чији је власник сада треће лице.<sup>43</sup> То решење би штитило трећа лица јер би тада престанак уговора погађао само уговорнике, те би један уговорник био у обавези да другом уместо предаје ствари исплати новчани<sup>44</sup> еквивалент њене вредности.<sup>45</sup>

Дакле, право на виндицирање (које би у случају домино ефекта имао преносилац из првог уговора) за основ би имало обавезу реституције као последице ретроактивног дејства престанка уговора. Међутим, евентуални опстанак права својине у рукама стицаоца или пак могућност виндицирања у рукама преносиоца зависи пре свега од решења конкретне правне система, то јест правила о стицању права својине и односа између основа и начина стицања својине.<sup>46</sup>

## 5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Неопходно је одвојено посматрати утицај престанка постојања уговора на самог преносиоца (из уговора са трећим лицем), будући да је он уговорна страна из уговора који престаје да постоји и дејство престанка тог истог уговора на треће лице, које није уговорна страна.

Наиме, неспорно је да примени начела каузалне традиције има места у тренутку стицања права својине. Такође, у случају када је до предаје/уписа у регистар непокретности дошло на основу непостојећег/неваљаног правног основа, неспорна ће бити обавеза стицаоца на повраћај ствари, односно уследиће брисање права уписаног у регистар. Исто ће бити и у случају да је до престанка уговора дошло након предаје/уписа у регистар, али само уколико стицалац није располагао својим правом својине. Међутим, у случају да је правни основ – уговор престао да постоји након извршеног уписа у регистар непокретности а право својине је пренето трећем лицу, ситуација се значајно мења. На сцену је ступило лице које је испунивши све услове постало власник ствари. Престанак уговора као основа стицања његовог претходника, без обзира на начело каузалне традиције, не може бити од утицаја на стечено право трећег лица.

---

од 20. децембра 1995, *Propis Soft*; Решење Врховног суда Србије, Рев. 226/2005 од 19. маја 2005, *Paragraf Lex*. Неспорна је обавеза реституције и у случају поништаја рушљивог уговора, вид., на пример, Решење Вишег трговинског суда, Пж. 107/2008 од 3. јуна 2008, *Paragraf Lex*.

<sup>43</sup> Вид. С. Перовић, 519.

<sup>44</sup> Вид. Vilim Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb 2014, 603. Аутор такође решење проблема види у новчаној реституцији, али као критеријум за утврђивање модела реституције поставља савесност трећег лица.

<sup>45</sup> Вид. Б. Благојевић *et al.*, 397.

<sup>46</sup> К. Доловић Бојић, 139.

Наиме, како је стицалац пренео на трећег право својине, он од тог тренутка није више ималац права. Стога сматрамо да овде нема места позивању на начело каузалне традиције, на домино ефекат, односно на правило да када падне право преносиоца, пада и право стицаоца. Право стицаоца (из првог уговора, а преносиоца из уговора са трећим) не може „пасти“ јер се не може изгубити нешто што се нема. С друге стране, треће лице је постало власник, а основ стицања трећег<sup>47</sup> и упис права у регистар постоје и даље, те не видимо разлог за „падање“ права трећег. То не значи да се неће поставити питање утицаја престанка уговора на саме уговорнике, али га треба решавати на плану реституције (у случају ретроактивног дејства престанка уговора), односно обавезе новчане уместо натуралне реституције на страни стицаоца из првог уговора. Таквим решењем српско право би се можда приближило немачком, али само на први поглед. Разлог за опстанак права трећег не би био у независности модуса од титулуса, те у чињеници да, по немачком праву, претходник трећег остаје власник и након „пада“ титулуса, већ у разлозима које смо управо изнели.

Дакле, апсолутни домино ефекат сматрамо неприхватљивим, посебно у ситуацијама када је дошло до вишеструког отуђења.<sup>48</sup> Наиме, најчешће говоримо само о једном „трећем лицу“ које је стекло ствар од прибавиоца (уговорника из поништеног или раскинутог уговора), а чини се, неоправдано, занемарујемо ситуације када је треће лице даље отуђило ствар, а прибавилац трећег лица можда још и даље. Апсолутни домино ефекат значио би да би право својине изгубио крајњи стицалац (ко зна који у низу). Чини се да се такве ствари у пракси ипак не догађају. У супротном, свачије право својине би било привремено, те би био могућ његов губитак у сваком тренутку, и то из разлога који се тиче основа стицања неког од ранијих ималаца.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Beale, H., *Chitty on Contracts, Vol. I, General Principles*, London 2012.  
Bergel, J.-L., Bruschi, M., Cimamonti, S., „Les Biens“, *Traite de droit civil* (ed. J. Ghestin), L.G.D.J., Paris 2010.

<sup>47</sup> Може се приметити да не остаје без основа упис права трећег лица већ остаје без основа стицања претходник трећег лица (а који основ само објашњава како је преносилац уопште и могао да пренесе право својине на купца), који ионако више није уписан у регистар непокретности као ималац права.

<sup>48</sup> При томе, сада под вишеструким отуђењем не мислимо на ситуацију када једно лице отуђи више пута исту ствар (што је уобичајена терминологија у домаћој литератури) већ када конкретна ствар више пута промени власника.



- Благојевић, Б. *et al.*, *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, Београд 1983. (Blagojević, B. *et al.*, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Beograd 1983)
- Bucher, E., „Law of Contracts“, *Introduction to Swiss Law* (eds. F. Dessemondet, T. Ansay), Kluwer Law International – Schulthess, The Hague – Boston – London 2004.<sup>3</sup>
- Доловић Бојић, К., *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, Београд 2016. (Dolović Bojić, K., *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neizvršenja*, Beograd 2016)
- Ђорђевић, Љ., *Облигационо право*, Београд 1977. (Đorđević, Lj., *Obligaciono pravo*, Beograd 1977)
- Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право – општи део*, Београд 1976. (Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd 1976)
- Гамс, А., *Основи стварног права*, Београд 1980. (Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1980)
- Gavella, N., *Stvarno pravo*, svezak prvi, Narodne novine, Zagreb 2007.
- Gorenc, V. *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb 2014.
- Foëx, B., Marchand, S., „National Reports on the Transfer of Movables in Switzerland“, *National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume 6, The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia* (eds. W. Faber, B. Lurger), Munich 2011.
- Хаџимановић, Н., „Критички прилог о питању могућности некаузалног и неакцесорног уређења права обезбеђења – истовремено испитивање“, *Нова правна ревија* 2/2012. (Hadžimanović, N., „Kritički prilog o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje“, *Nova pravna revija* 2/2012)
- Josipović, T., *Property Law and Trust Law: Croatia*, Kluwer Law International, 2013.
- Константиновић, М., *Према белешкама са предавања*, Београд 1989. (Konstantinović, M., *Prema beleškama sa predavanja*, Beograd 1989)
- Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М., *Стварно право*, Ниш 2009. (Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., *Stvarno pravo*, Niš 2009)
- Лазаревић, Д., *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, Београд 2012. (Lazarević, D., *Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Beograd 2012)

- Larroumet, C., *Droit Civil, Les Biens, Droits réels principaux*, Tome II, Paris 2006.
- Mathieu, M.-L., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Paris 2013.
- Malaurie, P., Aynes, L., *Les biens*, Paris 2010.
- Malaurie, M., *Le Restitutions en Droit Civil*, Paris 1991.
- McGuire, M.-R., „National Reports on the Transfer of Movables in Germany“, *National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume 3, German, Greece, Lithuania, Hungary* (eds. W. Faber, B. Lurger), Munich 2011.
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Београд 1980)
- Радишић, Ј., *Облигационо право*, Ниш 2014. (Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Niš 2014)
- Smith, L. D., *Restitution*, Great Britain 2000.
- Segesser von, G., *Property and Trust Law: Switzerland*, Kluwer Law International, 2016.
- Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд 2009. (Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Београд 2009)
- Starck, B., *Droit Civil, Obligations*, Paris 1972.
- Treitel, G. H., *The Law of Contract*, London 2007.
- Treitel, G. H., *Remedies for Breach of Contract, A Comparative account*, Oxford 1988.
- Водинелић, В., *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012. (Vodinelić, V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Београд 2012)
- Визнер, Б., *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб 1978. (Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978)
- Whittaker, S., *La résolution suite a une inexécution contractuelle et ses conséquences: Regards comparatistes sur l'avant – projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010.
- Живковић, М., *Промене стварног права у Србији*, Београд 2004. (Živković, M., *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Београд 2004)
- Živković, M., „Acquisition of Ownership of Real Property by Contract in Serbian Law – Departing from the titulus – modus System?“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2015.

Katarina Dolović Bojić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

INFLUENCE OF THE CONTRACT TERMINATION ON THE  
ACQUIRED OWNERSHIP OF ACQUIRER AND THIRD PARTY  
IN SERBIAN LAW

*Summary*

It is indisputable that the principle of causal tradition can be applied at the time of acquisition of ownership. Also, in case of delivery/registration based on non-existent/invalid contract, it will be indisputable obligation of the acquirer to return the thing i.e. it will be followed by removal of the entered right in the register. The same will be in the case when the termination of the contract occurred after delivery/registration, but only if the acquirer did not transfer its ownership. However, if the legal ground – the contract has ceased to exist after registration and ownership transferred to a third party, the situation changes significantly. The scene has been entered by a person who has fulfilled the conditions and thus has become the owner. Termination of the contract as the basis for the acquisition of his predecessor, despite the principle of causal tradition, cannot affect the acquired rights of third parties. A widely accepted view of good faith of the third party as a criterion for determining the impact of contract termination to the acquired ownership is considered absolutely unacceptable.

Key words: *Termination of contract. – Ownership. – Registration. – Principle of Causal Tradition. – Good faith.*

Article history:

Received: 17. 6. 2017.

Accepted: 28. 2. 2018.

Андреја Михаиловић, мастер\*

## ПРАВО НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ КАО ИНТЕРГЕНЕРАЦИЈСКИ ФЕНОМЕН

*Неопходност разматрања права на здраву животну средину у контексту интергенерацијског феномена посебно је подстакнута оптужбама да садашње генерације живе на рачун будућих нерођених генерација, што је неријетко праћено прилично бруталном реториком попут „одложене пљачке“ (као што познати еколошки активиста Пол Хокен (Paul Hawken) истиче: „Ми имамо економију гдје крадемо од будућности, продајемо у садашњости и то називамо БДП.“). У том смислу, у раду се анализира временски домет права на здраву животну средину разматрањем његове суштине, идеје интергенерацијске правде и једнакости, могућности да будуће генерације посједују права у садашњости и одрживог развоја – до данас најоптималнијег компромиса наизглед непомирљивих захтјева економије и екологије, као и интереса садашњих и будућих генерација.*

Кључне ријечи: *Право на здраву животну средину. – Интергенерацијска правда. – Право будућих генерација. – Одрживи развој.*

### 1. УВОД

*„Ако човјек икада нестане са лица земље захваљујући средствима које је сам произвео, неће се моћи дати једноставан одговор на питање – да ли је пао или је гурнут?“*

*E. Thompson*

---

\* Ауторка је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, [deamihailovic@gmail.com](mailto:deamihailovic@gmail.com).

Посљедица демографске експанзије, неконтролисаног економског развоја и технолошке револуције је контаминација животне средине забрињавајућих размјера. Штетне емисије гасова, јонизујућа зрачења, ерозија шума, девастација терена, отпадне воде, фосилна горива и исцрпљивање иреверзибилних ресурса само су од неки од свједока агресивне и захуктале човјекове тежње да природу и њене законе подреди стихији тржишног механизма (гдје се на животну средину гледа као на једини „бесплатни ручак“). Напетост драме додатно појачава чињеница да биосфера почиње давати све ширу и живописнију лепезу одговора на тај вишедеценијски антропогени изазов – глобално загађивање, разорне климатске промјене, редукација озонског омотача стратосфере, генетске мутације организама и ширење листе угрожених биљних и животињских врста, демонстрирајући сву своју моћ да у рату против човјека однесе превагу.

## 2. ЕВОЛУТИВНИ ПУТ ПРАВА НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ

На први поглед безазлен проблем људске околине дирнуо је у основна питања егзистенције савремене цивилизације. Суочавање са том спознајом<sup>1</sup> или, како каже Пјер Жорж (*Georges Pierre*), „срамном болешћу индустријских и технократских цивилизација“<sup>2</sup>, резултирало је предузимањем низа правно-политичких, економских и технолошких акција, мјера и одлука, што је свеобухватно довело до релативно солидног уобличавања тог захтјева као легалног људског права треће генерације. У том смислу, многобројни савремени уставни укључују то право у корпус осталих људских права, предвиђајући посебна процесноправна средства<sup>3</sup> за његову заштиту.

<sup>1</sup> Наводе се два основна разлога за ту забринутост. Један је нагло повећавање броја становника на нашој планети, а други су постојећи социоекономски модели производње. На посљедице повећања броја становника указано је још почетком XIX вијека у Малтусовој теорији о становништву, у којој је констатовано да становништво расте геометријском прогресијом, а материјални ресурси аритметичком. Дарко Симовић, Драгутин Аврамовић, Радомир Зекавица, *Људска права*, Београд 2013, 251.

<sup>2</sup> Pierre George, *Све о животној средини*, Београд 1979, 8–9.

<sup>3</sup> Са тим циљем, грађанима и државним властима на унутрашњем плану стоје на располагању различити материјалноправни и механизми, грађанскоправног, облигационоправног, управноправног и кривичноправног карактера. Пракса Европске уније и посебно Суда Европске уније у Луксембургу потврђује став о индивидуалном карактеру тог права, посебно у оквиру „начела загађивач плаћа“, што значи да штету, уколико је није могуће санирати, треба надокнадити на извору загађивања, у ширем контексту једног од основних циљева Уније, у очувању, зашти-

Ипак, треба напоменути да животна средина првобитно није узимана у обзир приликом формулисања појединих људских права. Због тога се у ранијим међународноправним документима из области заштите људских права животна средина или уопште не среће или се само површно спомиње. Поједини елементи права на адекватну животну средину (на примјер, адекватни животни стандард, право на здравље, храну и сл.) постојали су још у Универзалној декларацији о људским правима (1948) и у оба Међународна пакта о људским правима (1966). Међутим, у то вријеме се вези између људских права и животне средине није поклањала озбиљнија пажња те тај недостатак тада није ни запажен. Касније су заговорници заштите животне средине успјели да скрену пажњу на везу између људских права и животне средине, доказујући ту везу, између осталог, постојањем појединих елемената права на адекватну животну средину у до тада прихваћеним људским правима. То су били, прије свега, право на живот, као најосновније људско право, и право на здравље, које је немогуће остварити ако је животна средина озбиљније нарушена.<sup>4</sup> На тај начин, може се рећи да је право на здраву животну средину уведено у каталог људских права индиректно, тј. посредством права на живот. Ипак, значајно је констатовати да је борба за остварење права на здраву животну средину једном својом димензијом нужно покретана и вођена у односу на државу. У бројним земљама, нарочито развијеним, стварају се политичке и друге организације и ничу спонтани покрети грађана за заштиту средине. Својим активностима они утичу на стварање „еколошког“ законодавства и на предузимање других мјера државних органа ради заштите средине и утичу на понашање субјеката – загађивача средине.<sup>5</sup> У знак подршке националним напорима јавља се такође велики број политика које на регионалном нивоу промовишу питања животне средине и еколошке правде.<sup>6</sup> Треба истаћи Афричку повељу о људским прави-

ти и побољшању квалитета животне средине. Небојша Вучинић, *Основи људских права и слобода*, Подгорица 2001, 192.

<sup>4</sup> Вид Вукасовић, *Међународноправно регулисање права на здраву животну средину*, Београд 2003, 80.

<sup>5</sup> Мирослав Рабасовић, *Право на здраву животну средину као основно право човека*, Београд 1986, 104.

<sup>6</sup> Појам „еколошка правда“ везује се за развој еколошких покрета шездесетих и седамдесетих година прошлог вијека. Једна група аутора дефинише тај појам преко већ постојећих теорија о правди (попут Ролсове теорије о социјалној правди), гдје се под еколошком правдом подразумијева равномјерна дистрибуција природних ресурса као исход друштвеног договора. Друга група аутора своје виђење еколошке правде заснива на елементима који су садржани у захтјевима еколошких покрета који наглашавају потребу за партиципацијом јавности у питањима које се односе на животну средину. Patricia L. Easta, *Justice Connections*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2013, 288.

ма и правима народа (*African Charter on Human and People's Rights*) као први регионални документ о људским правима којим је препознато право људи да живе у здравом окружењу са позивом државама потписницама да обезбиједе „да сви људи имају право на генерално задовољавајуће животно окружење које је повољно по њихов развој“.<sup>7</sup> Интересантно је да је у Афричкој повељи о људским правима право на здраву животну средину конституисано као колективно право народа. На тај начин, право на здраву животну средину данас представља непорециво најразвијеније и правно најзаштићеније право треће генерације<sup>8</sup>, посебно на унутрашњем плану, иако је свијест о потреби његове међународноправне заштите релативно новијег датума.

Први озбиљнији структурисани напори у тој области забиљежени су тек последњих деценија XX вијека, а за њихово одијевање у правно рухо заслужна је завршна Декларација конференције Уједињених нација о људској околини, одржана јуна 1972. године у Стокхолму, чије се доношење често означава „почетком еколошког доба“. Декларација садржи 26 принципа заштите животне средине са намјеном да послуже као основ регулативе те области за национална законодавства држава које су је прихватиле. У првом принципу се наглашава да „човјек има основно право на слободу, једнакост и адекватне животне услове у животној средини чији квалитет омогућава достојан живот и благостање. Човјек је како стваралац, тако и исход своје околине и оба та аспекта човјекове околине, како природни тако и створени, имају значај за његово добро и за уживање основног људског права – права на живот“.<sup>9</sup>

Док је поменута декларација мета честих критика да садржи политички некоректан призив, Декларација у Рију о околини и развоју од 1992. године примјетно резервисаније приступа формулисању права на животну средину („људска бића... имају право на здрав и продуктиван живот у сагласју са природом“), апострофирајући дужност држава да штите животну средину, а избјегавајући да говори о самом праву на њу. Пропуст да се у тој декларацији јаче нагласи то

<sup>7</sup> Environmental Justice – Comparative Experiences in Legal Empowerment, 2014, <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Access%20to%20Justice%20and%20Rule%20of%20Law/Environmental-Justice-Comparative-Experiences.pdf>, 1. април 2017; Carmen Gonzales, *An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage: Indigenous Peoples, Trade Policy, and the Mexican Neoliberal Economic Reforms*, Seattle 2011, 727.

<sup>8</sup> Полазећи од критеријума времена установљавања, људска права се према времену настанка дијеле на права прве, друге и треће генерације, при чему се право на здраву животну средину сврстава у трећу генерацију (уз право на самоопредељење, развој, мир и безбједност).

<sup>9</sup> Стеван Лилић, *Еколошко право*, Београд 2010, 86.

право довео је до настанка неизвјесности и дебате о одговарајућем мјесту људских права у развоју међународног еколошког права.<sup>10</sup> Двије године касније, Поткомисија за превенцију дискриминације и заштиту мањина УН (сада Поткомисија за унапријеђење и заштиту људских права) предложила је текст Декларације принципа људских права и животне средине много конкретније од првог начела Стокхолмске декларације и Декларације из Рија. Она прокламује да „свако лице има право на безбједну, здраву и еколошки очувану животну средину“ и на „животну средину која је подобна да једнако задовољи потребе садашњих и будућих генерација“.

Традиционално, право на здраву животну средину подразумијева:

- слободу од загађења, еколошке деградације и активности које неповољно утичу на средину или пријете животу, здрављу, благостању и одрживом развоју;
- заштиту и очување ваздуха, тла, воде, мора, флоре и фауне, као и есенцијалних поступака и области неопходних за очување биолошке разноликости ситема;
- највиши стандард земље;
- сигурну и здраву храну, воду и радну средину;
- одговарајуће становање и животне услове у сигурном, здравом и еколошки уравнотеженом окружењу;
- опстанак јединствених врста и
- уживање традиционалног живота и опстанка домородачког становништва.<sup>11</sup>

### 3. ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ

Очигледно је да је право на здраву животну средину истовремено индивидуално, дакле право сваког појединца, али и колектив-

<sup>10</sup> Patricia W. Birnie, Alan E. Boyle, *International Law The Environment*, Oxford University Press, Oxford 2002<sup>2</sup>, 252.

<sup>11</sup> Према мишљењу извјестиоца Поткомисије, наведена права су подобна за тренутну имплементацију уз помоћ права на живот, здравље, права на развој, процедуралних права на правичан поступак, учешћа у друштвеном животу и приступа дјелотворним њековима. У поменутом извјештају је истакнута блиска веза између права на адекватну животну средину и права на развој, али је он заснован на основном принципу међузависности и нећељивости свих права људских права. Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Основи међународних људских права*, Београд 2007, 247–248.



но и солидарно право човјечанства као цјелине свих народа који га сачињавају. У материјалноправном и садржинском смислу, то право означава обавезу држава, међународне заједнице, и правних и физичких лица да своје понашање, живљење и функционисање, нарочито на економском и техничком плану, ускладе са природом и економским законитостима животне средине, ради њеног очувања за будуће генерације.<sup>12</sup>

Када је ријеч о природи и карактеру права на здраву животну средину, данас су заступљена два дијаметрално супротна схватања. Према антропоцентричном схватању, које у пракси преовладава, то је специфично људско право јер се природа, биљке, животиње и остали објекти заштите штите прије свега у интересу човјека и човјечанства.

Према екоцентричном схватању, право на здраву животну средину није људско право већ, супротно, ограничење људских права, јер је пуну заштиту природе и њених елемената могуће остварити искључиво ограничењем различитих људских активности, интереса и дјелатности. Према том схватању, природа је самостална вриједност *per se* која се штити због ње саме, а не због човјека и његових интереса. Основна препрека у практичној примјени те концепције, на садашњем степену правног развоја јесте тешко рјешиво питање правног субјективитета природе<sup>13</sup>, због чега се у литератури често указује на то да је тешко подвести под правну заштиту „нијеме“ субјекте каква је животна средина.

Ради даље анализе улоге тих концепција у развоју еколошког права треба истаћи изворе који се односе на примјену начела предострожности у заштити животне средине. У погледу домаћих прописа, једно од начела заштите животне средине прокламовано Законом о заштити животне средине<sup>14</sup> јесте и начело превенције и предострожности, које подразумијева да свака активност мора бити планирана и спроведена на начин да: проузрокује најмању могућу промену у животној средини; представља најмањи ризик по животну средину и здравље људи; смањи оптерећење простора и потрошњу сировина и енергије у изградњи, производњи, дистрибуцији и употреби; укључи могућност рециклаже; спријечи или ограничи утицај на животну средину на самом извору загађивања. Истовремено је прописана обавеза државних органа да редовно, благовремено, потпуно и објективно обавјештавају јавност о стању животне средине. Појединачним прописима уређене су различите области заштите жи-

<sup>12</sup> Н. Вучинић, 191–193.

<sup>13</sup> Весна Ракић Водинелић, „Еколошко право као право човека“, *Правни живот* 9–10/1994, 19–26.

<sup>14</sup> Закон о заштити животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 135/04, ..., 43/11.

вотне средине, а само неки од њих су Закон о управљању отпадом, Закон о заштити ваздуха, Закон о процени утицаја на животну средину, Закон о водама, Закон о заштити од нејонизујућих зрачења, Закон о заштити природе, Закон о заштити од буке у животној средини и многи други.<sup>15</sup>

Имајући све то у виду, очигледно је да из питања правне природе права на здраву животну средину неизоставно произилази и питање циља тог права.

#### 4. ЦИЉ ПРАВА НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ

Када говоримо о циљу права на здраву животну средину наилазимо на интересантан парадокс. Наиме, упорно се прокламује да брига о животној средини значи скретање пута са антропоцентризма на екоцентризам, тј. давање предности заштити природе на штреб материјалних потреба човјека. Међутим, право на здраву животну средину је суштински потпуно антропоцентрично право, будући да се тим правом човјек не остварује као парцијално биће – политичко, економско итд., већ интегрално, у пуном обиму свог интегритета.

Његов циљ је максимално посвећен човјеку и установљен у корист интереса његове најнасушније потребе – заштите живота и здравља. Тај циљ је уједно и основа за тумачење, које је овдје изузетно тешко јер долази до колизије више циљева од којих сви дјелују једнако приоритетни. Тај циљ се не може остварити само спорадичним козметичким поправкама постојећег стања (пооштравањем норми и стандарда, оштријим напором и санкцијама, повременим еколошким акцијама и сл.), већ само корјеним квалитативним промјенама схватања и понашања појединаца, група, органа и организација, континуираном системском ревизијом норми, измјеном планирања развоја, технике и технологије и др. Право човјека на здраву животну средину не може се остварити искључиво институционализованим средствима већ и у односима и понашањима појединаца и група ван институционалних оквира (органа, организација, правних оквира и обавеза) – неформалним и спонтаним акцијама које могу бити јавне, али и приватне и интимне.<sup>16</sup> Разлог томе лежи у чињеници да је однос човјека према животној средини различит од односа других живих бића према „својој“ средини. Тај однос није непосредно природан, у смислу чисто инстинктивног аспекта, али је, с друге стра-

<sup>15</sup> Вид. Заштитник грађана Републике Србије, „Заштита животне средине – уставно и законско право грађана“, <http://www.ombudsman.rs/index.php/2014-12-08-10-08-18>, 1. април 2017.

<sup>16</sup> М. Рабасовић, 500.

не (под условом да је у складу са изворном потребом за квалитетним животом и здравим окружењем), природан у једном другом, за човјека квалитативно битнијем смислу – садржински свеобухватном, а не само строго утилитарном.

И док свијет трага за одговором како предуприједити ризик од глобалне неравнотеже и даљег нарушавања животне средине, у фокус интересовања испливава улога побољшаног управљања за одрживи развој. То се превасходно односи на то што постојећи начини управљања доводе до вишеструких депривација, маргинализација и структуралне неједнакости. У многим контекстима деградација животне средине генерише даље сиромашење и исцрпљивање природних ресурса, што резултира угрожавањем основних права. Сиромашне и угрожене заједнице пате од разних облика еколошке неправде, при чему су често немоћне да се изборе и усвоје нове еколошке трендове, што само подупире њихову постојећу маргинализацију и продубљује јаз који треба премостити.

У том контексту је и настала идеја еколошке правде – као механизма одговорности за заштиту права и искоријењивање диспропорционалних утицаја које привредни развој има на сиромашне и угрожене слојеве друштва у смислу раста загађења и деградације екосистемских услуга и неравноправног приступа природним добрима и екстрактивним ресурсима. У Декларацији из Рија прокламовано је да се „питања заштите животне средине најбоље рјешавају уз учешће свих заинтересованих грађана из свих релевантних нивоа“. Из тог разлога сваки појединац треба да има несметан приступ еколошки значајним информацијама, што је задатак државних власти, будући да оне треба да му омогуће креирање адекватне информационе базе која је неопходна за учешће у питањима која се односе на заштиту животне средине.<sup>17</sup>

Право на приступ еколошкој правди на међународном нивоу први пут је уређено Конвенцијом о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине (Архуска конвенција – *Aarhus Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental issues in the EU*). Доношењу Архуске конвенције претходило је усвајање међународних споразума који на различите начине дефинишу право на приступ еколошким информацијама и право на учешће јавности, а касније и право на приступ правној заштити у питањима која се тичу животне средине.

<sup>17</sup> Environmental Justice – Comparative Experiences in Legal Empowerment 2014, <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Access%20to%20Justice%20and%20Rule%20of%20Law/Environmental-Justice-Comparative-Experiences.pdf>, 1. април 2017.

не. Важну улогу у развоју идеје о значају правне заштите и учешћа јавности у доношењу одлука које се односе на заштиту животне средине имала је Стокхолмска декларација, усвојена на Конференцији Уједињених нација о човековој средини. У Стокхолмској декларацији се истиче да „човек има фундаментално право на слободу, једнакост и одговарајуће услове за живот у окружењу таквог квалитета које омогућује достојанствен живот и благостање и има јединствену одговорност за заштиту и унапређење животне средине за садашње и будуће генерације“.<sup>18</sup>

Јасно је да право на здраву животну средину има изузетно велики и далекосежан утицај на човјека и сада и за убудуће. Такав значај несумњиво имају и многа друга права и слободе. Међутим, кад је реч о праву на здраву животну средину, веза између остваривања у садашњости и будућности има посебан квалитет, који се огледа у чињеници да се садашњост јавља као залога будућности, тј. само остварење тог права у садашњости представља за човјека гаранцију да ће имати будућност уопште.

## 5. ПРАВО НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ КАО ПРАВО БУДУЋИХ ГЕНЕРАЦИЈА

### 5.1. Аполитичност и класна неутралност права на здраву животну средину

Данашњи свијет се показује као позорница великих неједнакости. Највећи разлог томе лежи у контрадикторности саме основе либерализма, на којој модерно друштво почива.<sup>19</sup> Наиме, уколико сви људи имају једнака права, онда је неодржив капиталистички модел који је и сам заснован на стварању и продубљивању неједнакости. Штавише, својим фокусирањем на индивидуална права и формалну једнакост, либерализам тражи привилеговану моралну позицију, прикривајући обим у којем та иста „права“ могу довести до неједнакости и друштвене изолованости.<sup>20</sup>

У бројним радовима у којима се расправља о заштити и унапређевању животне средине изражена су схватања да је питање остваривања права на здраву животну средину класно и политички

<sup>18</sup> Мирјана Дреновак Ивановић, Сретен Ђорђевић, *Практикум о праву на правну заштиту у питањима животне средине у управном поступку и управном спору*, Београд 2013, 14–15.

<sup>19</sup> Д. Симовић, Д. Аврамовић, Р. Зекавица, 64.

<sup>20</sup> Fiona Robinson, „Globalizing Liberalism? Morality and legitimacy in a liberal global order“, *Politics and Globalization* (ed. M. Shaw), Routledge, London – New York 1999, 154.

неутрално јер су проблеми заштите животне средине универзални. Потреба за здравом животном средином је општељудска и једнака за све људе, па се логично стиче утисак да се у тој области класни и остали групни интереси међусобно подударају. Међутим, тај утисак је сасвим варљив и погрешан јер је ријеч о постулираној, а не стварној универзалности.

Не може се порећи проста истина да питања заштите, унапрјеђивања животне средине и остваривања права на здраву животну средину нису имуна на све оштрију класну подијеленост друштва и њихов конфликт. Напротив, она показују велики сензибилитет на интеркласне противрјечности и антагонизам, као и на интракласну партикуларност заступљених интереса, будући да ни и у оквирима самих класа не постоје интересна једноличност и хармонија.

Загађење животне средине, које добија све разорније и теже облике и које постаје универзално, погађајући све земље и дијелове друштва, изазвало је примјену различитих средстава за умањење или елиминацију одређених загађивача. Међутим, сва та средства не могу спријечити загађење и деградацију средине. За остварење тог циља нужно је развијати такав начин производње који ће бити усмјерен искључиво на задовољење реалних потреба људи, што је могуће остварити само у једном сукцесивном и свеобухватном процесу који ће постепено креирати основе нових начина производње.<sup>21</sup>

Нужна је промишљена, стратешки постављена и циљно оријентисана акција која ће бити уздигнута изнад политике, али свјесна њеног присуства, без афирмације неке квазиуниверзалности, непостојеће аполитичности<sup>22</sup> и класне неутралности, већ са сензибилитетом на разноликост представа, вриједности и интереса свих својих актера.

У посљедње вријеме је дошло до значајног развоја у прихватању потребе да се управља начинима који ће омогућити доступним такво управљање. Примјер тог тренда је тзв. приступ екосистему, у којем се контролишу људске активности и потребе према животној околини, за разлику од управљања еколошким процесима. Под процјеном животне средине подразумијева се процес којим се предвиђају утицаји предложених иницијатива, као што су акциони пројекти или пројекти изградње објеката, на квалитет животне сре-

<sup>21</sup> М. Рабасовић, 110.

<sup>22</sup> С друге стране, уочљиви су и тонови који на неуобичајено отворен начин приказују идеолошко-инструментални карактер људских права. Тако је, на примјер, на промоцији своје књиге *Велика шаховска табла* у Паризу, Бжежински изјавио: „Ја сам разрадио доктрину људских права као најбољи начин да се дестабилизује Совјетски савез и то је успјело“. Наведено према: Д. Симовић, Д. Аврамовић, Р. Зекавица, 65–66.

дине, и то прије њихове практичне реализације. Процјеном животне средине идентификују се могући утицаји на животну околину, предлажу мјере за ублажавање негативних утицаја и предвиђа се да ли ће бити значајних неповољних утицаја на животну околину, чак и ако се спроведу мјере за њихово ублажавање.

Процјена животне средине има два главна циља:

- да минимизира или избјегне негативне утицаје на животну средину прије него што се они јаве и
- да укључи факторе животне средине у процес доношења одлуке.

Процјену животне средине одређеног пројекта треба спровести што је могуће раније у фазама планирања и предлагања пројекта да би анализа била корисна доносиоцима одлука и да би мјере ублажавања биле укључене у предложене планове. Резултат благовремених и ефикасних процјена животне средине јесте доношење одлука на основу информација које подржавају одрживи развој. Користи од анализе утицаја на животну околину и мјера за ублажавање неповољних утицаја у раној фази планирања пројекта су: шанса да се јавност укључи у доношење одлука, повећана заштита људског здравља, одрживо коришћење природних ресурса, смањени ризици од еколошких катастрофа и повећана одговорност власти. Учешће јавности је значајан елемент процеса процене животне средине јер јачају квалитет и кредибилитет процјене животне средине. Јавност је значајан извор локалног и традиционалног знања о мјесту реализације предложеног пројекта и вјероватних утицаја на животну средину. Учешћем јавности, присталице пројекта могу добити информације, боље разумјети и одговорити на јавне интересе и обавијестити људе о одлукама.<sup>23</sup>

## 5.2. Будуће генерације као титулари права

Футуристичка оријентисаност права на здраву животну средину често је на удару оних који одбацују могућност постојања права будућих генерација. Из те негације права будућих људи логично произилази да дјеловање садашњих генерација не може угрозити права будућих генерација. То даље значи да појединац не може посједовати било шта, укључујући и право, уколико није жив. Због тога је идеја да људи који још нису рођени имају права бесмислица.<sup>24</sup> Та тврдња

---

<sup>23</sup> Милорад Цакић *et al.*, *Европски оријентисани курсеви за управљање животном средином*, Ниш 2004, 8; Стеван Лилић, Мирјана Дреновак, „Управна и управно-судска заштита права на учешће јавности у стварима од значаја за животну средину у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 217.

<sup>24</sup> Wilfred Beckerman, Joanna Pasek, *Justice, Posterity and Environment*, Oxford 2004, 11–28.

је тачна у свом домену, али јој се може приговорити упућивањем на двије тачке, при чему је од помоћи дистинкција коју је направио Роберт Елиот (*Robert Eliot*).<sup>25</sup> Он прави разлику између тврдње да будући људи посједују права сада (што се означава као неконцесионо гледиште, *Non-Concessional View*) и тврдње да ће будући људи посједовати права када се роде (што се означава са концесионо гледиште, *Concessional View*).

Дакле, концесионо гледиште је подржано сљедећом линијом аргументације: када будући људи буду рођени, имаће пун правни статус и скуп интереса које треба поштовати. Као такви, ти интереси генеришу дужности према другим људима – дужност неповрјеђивања (и уз то, дужност помоћи). Ти интереси могу бити угрожени од савременика, али такође могу бити угрожени од припадника претходне генерације. Чинило би се чудним рећи да припадници ранијих генерација нису били субјекти исте дужности. Ако су интереси толико фундаментални да генеришу дужности, онда они сигурно генеришу дужности за све који их могу угрозити. Тако су они који живе у садашњем времену у обавези да се не понашају на начине на који ће бити пријетња појединцима у будућем времену. На основу тога, може се закључити да ће будући људи имати права и такво стање захтијева унапријед дефинисано постојање обавеза претходних генерација.<sup>26</sup>

Такође, многи од оних који поричу да будући људи имају права, ублажавају ту тврдњу помирљивим изјавама. Често тврде, на примјер, да особе имају дужности према будућим генерацијама.<sup>27</sup> Наравно, тачно је да појединац према другима може имати дужности које не захтијевају да ти други посједују кореспондирајућа права. Ипак, тешко је заступати „аргумент из непостојања“ да би се подрила тврдња да будући људи имају права док се суштински сматра да према њима постоје само дужности. Ако тренутно непостојање будућих људи има за последицу да они не могу имати права, такво стање уједно подрива сваку тврдњу да они имају морални статус који би требало поштовати или да имају интересе који не смију бити угрожени.

Ипак, постоје и други ставови о правима будућих људи. Према теорији Амартје Сена (*Amartya Sen*) о „циљном систему права“<sup>28</sup>, тај појам је дефинисан као: „Морални систем у којем су испуњење

<sup>25</sup> Robert Elliot, „The Rights of Future People“, *Journal of Applied Philosophy* 2/1989, 160–162.

<sup>26</sup> Simon Caney, „Human Rights, Responsibilities and Climate Change“, *Global Basic Rights* (eds. C. R. Beitz, R. E. Goodin), Oxford University Press, Oxford 2009, 227–247.

<sup>27</sup> W. Beckerman, J. Pasek, 18, 25.

<sup>28</sup> Amartya Sen, „Rights and Agency“, *Philosophy and Public Affairs* 1/1982, 15.

и неостварење права садржани међу циљевима, укључени у вредновање стања ствари, а потом примијењени на избор дјеловања кроз посљедичну повезаност.“ Ако примијенимо тај „безличан приступ“ на концесионо гледиште, долазимо до закључка да оно не тврди да садашње дјеловање нарушава одређено право (будуће) особе у смислу спрјечавања појединца да ужива право које би она у супротном била у могућности да ужива. Другим ријечима, захтијева се да се појединци не могу понашати на начине који би онима који буду рођени у будућности онемогућили да уживају у одређеним правима.<sup>29</sup>

### 5.3. Здрава животна средина као интергенерацијска правда

Питање интергенерацијске правде у контексту права будућих генерација први пут је постављено пред Врховним судом Филипина (*The Supreme Court of the Philippines*) у јулу 1993. године. Тада је група дјеце, подржана од еколошке невладине организације „Еколошка мрежа Филипина“ (*PEN – Philippine Ecological Network*), у своје и у име будућих генерација, поднијела захтјев Влади да поништи дозволе за сјечу стабала, позивајући се на кршење њиховог уставног права на здраву животну средину. У току поступка поставило се питање њихове страначке легитимације, тј. правног статуса. Врховни суд је тада пресудио у њихову корист препознавши право будућих генерација на здраво окружење. Том приликом је истакао двије иновативне и често цитиране тврдње:

„Право на чисту животну средину и њено очување за будуће генерације је од фундаменталног значаја.“

„Постоји интергенерацијска одговорност за очување здраве животне средине, што значи да свака генерација има одговорност према наредној, а у том погледу дјеца су та која могу поднијети тужбу за заштиту права како своје, тако и будуће генерације.“<sup>30</sup>

С друге стране, идеји интергенерацијске правде, једнакости и праву будућих генерација често се упућују бројне критике. Скептицизам у вези са идејом интергенерацијске правде према којој садашње генерације имају моралну обавезу према будућим генерацијама обично је поткријељен аргументацијом о логичкој немогућности да акције предузете у садашњости проузрокују штету припадницима будућих генерација. То би даље значило да ништа што ми урадимо у садашњости не може бити неправедно према људима који ће

<sup>29</sup> Ђорђе Павићевић, *Људска права – преиспитивање идеје*, Београд 2011, 291–293.

<sup>30</sup> Врховни суд Филипина, предмет *PEN – Philippine Ecological Network*, пуна пресуда доступна на: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/Philippines/Oposa%20v%20Factoran,%...>, 1. април 2017.



постојати у далекој будућности. Такође, често се истиче и да будуће хипотетичке генерације не могу бити у позицији да подносе тужбе за заштиту својих права против садашњих јер, када оне буду постојале, садашњих више неће бити. Зато се поставља питање да ли уопште има смисла рећи да будућим нерођеним људима припадају нека права или бар неки вид компензације од стране садашњих.

Будуће генерације можда неће бити у позицији да подижу тужбе против генерација које постоје у садашњости, али то не треба да имплицира да они не посједују права. Наиме, уколико неко лице посједује неко право, из тога слиједи да други имају корелативну обавезу, али то не значи да то лице има лац права има моћ да принуди друге да поштују ту своју обавезу. Из тог разлога, из чињенице да будући људи не могу подносити тужбе, не треба олако изводити закључак да будуће генерације немају никаква права или да је начелна обавеза на поштовање правде непримјенљива између припадника удаљених генерација.<sup>31</sup>

Такође, идеји интергенерацијске правде упућују се критике и на рачун њене практичне остварљивости. Наиме, познато је да је сопствени интерес доминантан мотив и у економском и у политичком животу. Садашњи људи, бар они који имају моћ да креирају политику, сасвим сигурно немају жељу да покрећу социјалне и економске промјене које би се негативно одразиле на њихов профит и начин живота. С друге стране, будући људи немају политички утицај на основу права гласа, те ни на који начин нису у стању да изложе притиску оне који се понашају противно њиховим интересима. Стога се неријетко закључује да је интергенерацијска правда лијепа, али непрактична идеја, будући да нема мотивациону снагу. Ипак, како Џ. Томпсон (*J. Thompson*) истиче, не треба изгубити из вида да су правдољубивост и жеља за поступањем у складу са моралним назорима јак мотивациони фактор за многе људе, што доказују бројни примјери током историје када су појединци били спремни не само да покаже сопствени интересе, већ и да поднесу велике жртве зарад виших и племенитијих циљева<sup>32</sup> ресурсних потреба будућних генерација, из разлога што су оне временски далеко у магли неизвјесности. Но, без обзира на етичку евалуацију садашњих акција, сви индикатори упућују да оне морају бити усмјерене ка очувању интергенерацијске једнакости, као императива опстанка људске врсте и потврде велике истине да је животна средина само зајам будућности, а не својина садашњости.

<sup>31</sup> Clark Wolf, *Intergenerational Justice*, Iowa State University, Ames 2011, 282–283.

<sup>32</sup> Janna Thompson, „What is International Justice?“, *Future Justice* (ed. H. Sykes), Future Leaders, Sydney 2010, 18–19.

#### 5.4. Одрживи развој – компромис садашњих и будућих генерација

Многи теоретичари и политичари екологију називају субверзивном науком јер она напада право да се загађује околина не хајући за материјалне потребе човјека егзистенцијалног значаја. Други у одбрану екологије истичу да оно што екологију чини субверзивном лежи већ у самом њеном приступу човјековим проблемима, који је нужно холистички, што настоји да на цјеловит начин схвати човјеков положај у свијету, а не само поједине видове његове егзистенције. Опстанак друштва одувјек је, а сада ништа мање, условљен размјеном материја између човјека и природе. Биолошки то и јесте живот. Та размјена се вршила у различитим облицима – од нагонски условљених и једноставних до рационално испланираних, све сложенијих облика. Човјек све више свјесно уређује тај процес, прилагођава га и мијења. У том смислу, често се наводи да је та симбиоза далеко од узајамно корисне заједнице равноправности јер човјек у том процесу експлоатише природу. Међутим, није свако коришћење природних ресурса (па чак и оних иреверзибилних) експлоатација, већ само оно које је прекомјерно, које прелази одређену границу. Та граница се не може одредити у апсолутном смислу већ само релативно, и у времену и у простору. Раније генерације су могле да између више алтернатива развоја изаберу било коју, па и ону која би имала најпогубније дејство на животну средину, а да истовремено не угрозе свој опстанак и да чак још увијек имају здраву средину. Садашње генерације више немају ту „привилегију“. При савременом развоју производних снага и њиховом деструктивном капацитету не обезбјеђује свака алтернатива опстанак и развој човјека и друштва. То значи да се мора изабрати једна алтернатива која омогућава превладавање садашње супротности између човјека и животне средине, и то она која уједно обезбјеђује њихов истовремен и међусобан развој.

Најопштије речено, та граница је одређена таквим стањем у динамичкој равнотежи животне средине какво је нужно за опстанак и развој друштва, и сада и у будућности. Оно се, дакле, може обезбиједити само таквим дјеловањем појединих друштава и човјечанства у цјелини које не изазива посљедице у природној средини које се не могу поправити и/или које нису оправдане са гледишта друштвених потреба и очувања природе, без обзира на могућу реституцију.<sup>33</sup> Та је граница данас постављена оним што се назива концепт одрживог развоја.

Појам одрживог развоја услиједио је као плод напора Уједињених нација да се спријечи раст деградације животне средине као

<sup>33</sup> М. Рабасовић, 31, 41.

развој који „задовољава потребе садашњице не доводећи у питање способност будућих генерација да задовоље властите потребе“.<sup>34</sup> Тај интрагенерацијски и интергенерацијски компромис у почетку је био замишљен као алтернатива економском развоју, али је убрзо схваћен као његов неопходни суплемент који обезбјеђује „најбољи квалитет живота за сваког, како данас, тако и за генерације које ће доћи“.<sup>35</sup>

На одрживи развој се не може гледати као на статичко стање, већ као на динамични процес у сталном и напетом развоју. Тај изузетно модеран концепт фундиран је као инструмент за задовољење тежње ка смањењу негативног утицаја на животну средину, уз истовремено повећање ресурсне ефикасности. У том смислу, одрживи развој представља за сада најпоузданији пут до остварења нужне симбиозе кључних критеријума и економије и екологије јер су обе окренуте ка развојним циљевима интензивно растуће популације (према подацима Организације за храну и пољопривреду – ФАО (*FAO – Food and Agriculture Organization of the United Nations*) до 2050. године планету ће насељавати око 9,5 милијарди људи) у условима све ограниченијих природних ресурса. У том смислу одржавање развоја, односно одржавање услова за развој, није само материјална претпоставка опстанка садашњих генерација него је и етичко питање одбране цивилизацијске части пред будућим генерацијама.<sup>36</sup>

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

*„Прихватамо да ниједна разлика међу нама није толико велика колико су велике промјене којима је изложено наше природно окружење.“*

*Декларација о еколошкој држави Црној Гори<sup>37</sup>*

Апстрактно и изоловано посматрано, питање заштите и унапријеђења животне средине не заслужује атрибут најтежег. Међутим, оно је нераздвојно повезано са најважнијим и најтежим проблемом

<sup>34</sup> World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford 1987, 56.

<sup>35</sup> The United Kingdom, Department of the Environment, Transport and the Regions, *A better quality of life: a strategy for sustainable development for the UK*, TSO, London 1999, 10.

<sup>36</sup> Слободан Покрајац, „Одрживи развој и еколошка економија као пословне парадигме“, *Школа бизниса* 4/2009, 25.

<sup>37</sup> Декларација о еколошкој држави Црној Гори, Скупштина Републике Црне Горе, 20. септембар 1991.

националних заједница и човјечанства у цјелини, као што су правци и брзина развоја, економски и политички проблеми, незапосленост, повећање броја становника, недостатак хране и воде, исцрпљивање извора сировина и енергије, супротности између земаља различитог степена развијености, разоружање и други. Будући да природа само пројектује слику односа који међу људима владају, деградација природне средине се указује као симптом најдубљих контрадикција индустријске цивилизације.<sup>38</sup> Још је 1908. године предсједник САД-а Теодор Рузвелт (*Theodore Roosevelt*) изјавио на Конференцији за заштиту природних извора: „Ми смо постали богати широко искоришћавајући природне изворе и са правом се поносимо нашим прогресом. Али дошло је вријеме да се запитамо шта ће бити када нестану шуме, када се исцрпе залихе угља, гвожђа и нафте, а осиромашено и испуцало тло поред ријека почне да оскрнављује њихову воду, огољавајући поља и спрјечавајући пловидбу. Ниједна катастрофа није извјеснија од еколошке уколико човјек не предузме на вријеме све што је потребно да би се она спријечила.“<sup>39</sup>

Чињеница је да су закони природе много сложенији од наших представа о њима. Стога, право на здраву животну средину не треба посматрати у контексту његове статике, већ у његовој еволутивној динамици – као процес чији је крај још увијек далеко у магли неизвјесности. У том погледу треба се озбиљно замислити над питањем – да ли достигнућа цивилизације у крајњој линији постају њено проклетство?

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Beckerman, W., Pasek, J., *Justice, Posterity and Environment*, Oxford 2004.
- Birnie, P. W., Boyle, A. E., *International Law The Environment*, Oxford University Press, Oxford 2002<sup>2</sup>.
- Милорад Цакић *et al.*, *Европски орјентисани курсеви за управљање животном средином*, Ниш 2004. (Milorad Cakić *et al.*, *Evropski orjentisani kursevi za upravljanje životnom sredinom*, Niš 2004)
- Caney, S., „Human Rights, Responsibilites and Climate Change“, *Global Basic Rights* (eds. C. R. Beitz, R. E. Goodin), Oxford University Press, Oxford 2009.

---

<sup>38</sup> Мирослав Печујлић, *Човек и животна средина у Србији*, Београд 1977, 53.

<sup>39</sup> М. Рабасовић, 1–2.

- Дреновак Ивановић, М., Ђорђевић, С., *Практикум о праву на правну заштиту у питањима животне средине у управном поступку и управном спору*, Београд 2013. (Drenovak Ivanović, M., Đorđević, S., *Praktikum o pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine u upravnom postupku i upravnom sporu*, Beograd 2013)
- Eastal, P. L., *Justice Connections*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2013.
- Elliot, R., „The Rights of Future People“, *Journal of Applied Philosophy* 2/1989.
- George, P., *Све о животној средини*, Београд 1979. (George, P., *Sve o životnoj sredini*, Beograd 1979)
- Gonzales, C., *An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage: Indigenous Peoples, Trade Policy, and the Mexican Neoliberal Economic Reforms*, Seattle 2011.
- Лилић, С., Дреновак, М., „Управна и управно-судска заштита права на учешће јавности у стварима од значаја за животну средину у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009. (Lilić, S., Drenovak, M., „Upravna i upravno-sudska zaštita prava na učešće javnosti u stvarima od značaja za životnu sredinu u Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2009)
- Лилић С., *Еколошко право*, Београд 2010. (Lilić S., *Ekološko pravo*, Beograd 2010)
- Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И., *Основи међународних људских права*, Београд 2007. (Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Beograd 2007)
- Павићевић, Ђ., *Људска права – преиспитивање идеје*, Београд 2011. (Pavićević, Đ., *Ljudska prava – preispitivanje ideje*, Beograd 2011)
- Печујлић, М., *Човек и животна средина у Србији*, Београд 1977. (Pečujlić, M., *Čovek i životna sredina u Srbiji*, Beograd 1977)
- Покрајас, С., „Одрживи развој и еколошка економија као пословне парадигме“, *Школа бизниса* 4/2009. (Pokrajas, S., „Održivi razvoj i ekološka ekonomija kao poslovne paradigme“, *Škola biznisa* 4/2009)
- Рабасовић, М., *Право на здраву животну средину као основно право човека*, Београд 1986. (Rabasović, M., *Pravo na zdravu životnu sredinu kao osnovno pravo čoveka*, Beograd 1986)
- Ракић Водинелић, В., „Еколошко право као право човека“, *Правни живот* 9–10/1994. (Rakić Vodinelić, V., „Ekološko pravo kao pravo čoveka“, *Pravni život* 9–10/1994)

- Robinson, F., „Globalizing Liberalism? Morality and legitimacy in a liberal global order“, *Politics and Globalization* (ed. M. Shaw), Routledge, London – New York 1999.
- Sen, A., „Rights and Agency“, *Philosophy and Public Affairs* 1/1982.
- Симовић, Д., Аврамовић, Д., Зекавица Р., *Људска права*, Београд 2013. (Simović, D., Avramović, D., Zekavica, R., *Ljudska prava*, Beograd 2013)
- The United Kingdom, Department of the Environment, Transport and the Regions, *A better quality of life: a strategy for sustainable development for the UK*, TSO, London 1999.
- Thompson, J., „What is International Justice?“, *Future Justice* (ed. H. Sykes), Future Leaders, Sydney 2010.
- Вукасовић, В., *Међународноправно регулисање права на здраву животну средину*, Београд 2003. (Vukasović, V., *Međunarodnopravno regulisanje prava na zdravu životnu sredinu*, Beograd 2003)
- Вучинић, Н., *Основи људских права и слобода*, Подгорица 2001. (Vučinić, N., *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, Podgorica 2001)
- Wolf, C., *Intergenerational Justice*, Iowa State University, Ames 2011.
- World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford 1987.

Andreja Mihailović, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

## THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT AS AN INTERGENERATIONAL PHENOMENON

### *Summary*

The necessity of considering the right to a healthy environment in the context of intergenerational phenomenon is especially fueled by accusations that the current generations live at the expense of future unborn generations, which is often accompanied by a rather brutal rhetoric like „suspensive robbery“ (as the famous environmental activist Paul Hawken points out: „We have an economy where we steal from the future, sell in the present and we call that GDP“). In that sense, the paper analyzes the temporal range of the right to a healthy environment by addressing its substance, the idea of intergenerational justice and equality, the ability of

future generations have rights in the present, as well as sustainable development – until now the most optimal compromise between seemingly irreconcilable demands of economy and ecology as well as the interests of present and future generations.

Key words: *The right to a healthy environment. – Intergenerational justice. – The right of future generations. – Sustainable Development.*

Article history:

Received: 1. 4. 2017.

Accepted: 30. 6. 2017.

УДК 35.077.3; 336.225(497.11)

CERIF: S111, S141, S142

Миња Ђокић, мастер\*

## СУСПЕНЗИВНО ДЕЈСТВО ЖАЛБЕ У ПОРЕСКОМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

*Предмет овог чланка је анализа редовног правног средства у пореском управном поступку Републике Србије, са освртом на његову делотворност. Анализирамо поступак по жалби против пореских управних аката са нагласком на захтев за одлагање извршења, којим се, у посебном поступку пред другостепеним пореским органом, или Управним судом, остварује суспензија извршења ожалбеног пореског управног акта. Такође, анализом обухватамо и оскудне, али маркантне, примере судске праксе у овој области пореске материје.*

*Заступамо становиште да, у Србији као земљи у развоју, као изузетак од правила, треба задржати принцип несуспензивног дејства жалбе, у сврху ефикасније наплате пореза и заштите интереса фискауса. Међутим, сматрамо да је у изузетним случајевима, када је имовина пореских обвезника угрожена и њихов опстанак доведен у питање, неопходно омогућити заштиту права пореских обвезника кроз одлагање извршења пореског управног акта.*

*Закључујемо да непримена института одлагања извршења у предвиђеним ситуацијама даје резултат неделотворности жалбе као правног средства. De lege ferenda указујемо на потребу двостепености управног судства и организовању пореских одељења у Управном суду.*

Кључне речи: *Жалба. – Захтев за одлагање извршења. – Управни суд. – Суспензивно дејство жалбе.*

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Као и у сваком другом правном процесу, грешке органа поступка су могуће и у пореском управном поступку. Те грешке могу

---

\* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду и адвокат, [minja.djokic@mts.rs](mailto:minja.djokic@mts.rs).



бити процесног, али и материјалног (садржинског) типа. Начин да се грешке отклоне и *causa solvendi* пореске управне ствари јесте правно средство – жалба против пореског управног акта, којим се одлучује о праву или обавези пореских обвезника. Међутим, за разлику од кривичног или парничног поступка где благовремена и уредна жалба, по правилу, одлаже извршења ожалбене<sup>1</sup> одлуке, у пореском управном поступку жалба нема суспензивно дејство.<sup>2</sup> Уколико порески обвезник изјави жалбу против пореског решења, Пореска управа може утврђени порески дуг принудно да наплати јер ожалбено пореско решење постаје извршно пре завршетка другостепеног поступка.<sup>3</sup> Евентуална позитивна одлука по жалби ће омогућити пореском обвезнику да накнадно изнесе захтев за повраћај принудно наплаћеног пореза.<sup>4</sup>

У раду се анализира механизам који омогућава одлагање извршења ожалбене одлуке, под изузетно рестриктивним условима. Такав поступак је могуће иницирати пред другостепеним пореским органом и пред Управним судом. Реч је о два одвојена поступка, које је могуће водити истовремено. Успех у поступку за одлагање извршења огледа се у суспензији извршења ожалбене одлуке све до њене правноснажности.<sup>5</sup>

Циљ овог чланка је да се представе услови за одлагање извршења ожалбене одлуке, поступак и методе одлагања извршења. Указаћемо пре свега на проблем који уочавамо приликом примене тог института на изузетно издашан порески облик, у погледу којег је резервисано утврђивање пореза самоопорезивањем – пореза на додату вредност (даље: ПДВ).

## 2. УКРАТКО О ЖАЛБИ У ПОРЕСКОМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Управни однос уопште, па тиме и порески управни однос, подложен је изменама конкретних прилика, па дели судбину „покретљивог“ јавног интереса и јавних потреба. Због тога је у њему

<sup>1</sup> У сврху језгровитијег излагања, одлуку против које је изјављена жалба ћемо, у наставку чланка, означавати као „ожалбену одлуку“, „ожалбено решење“ или „ожалбени закључак“, зависно од тога каква одлука је у питању.

<sup>2</sup> Чл. 147, ст. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији – ЗПППА, *Сл. гласник РС*, бр. 80/2002, ..., 108/2016.

<sup>3</sup> Чл. 78 ЗПППА.

<sup>4</sup> Чл. 24, ст. 1, тач. 9 ЗПППА.

<sup>5</sup> Зоран Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Службени гласник, Београд 2012, 457.

сужена заштита стечених права и признатих обавеза. Постоје бројне могућности да се нападају, уклањају и мењају донети управни акти.<sup>6</sup>

Жалба је редовно правно средство којим се одлуке Пореске управе нападају. Право на жалбу се сматра уставом гарантованим процесним правом грађана сваке демократски организоване државе.<sup>7</sup> Основне особине жалбе су деволутивно и суспензивно дејство. Деволутивно дејство подразумева да о изјављеној жалби одлучује други орган, који је инстанционо виши од органа који је ожалбену одлуку донео. Суспензивно дејство жалбе значи да ожалбена одлука, по правилу, постаје извршна тек по стицању коначности, односно не пре завршетка другостепеног поступка.<sup>8</sup> Суспензивно дејство жалбе је њено редовно, уобичајено својство. Одступања од суспензивног дејства жалбе морају да буду изричито законски предвиђена и у српском праву она су тројака: а) када је *законом* предвиђено да жалбени рок и изјављена жалба не утичу на извршење решења; б) у случајевима предузимања *хитних мера*; в) ако би услед одлагања извршења некој од странака била причињена *штета која се не би могла поправити*.<sup>9</sup>

У пореском управном поступку реч је о првопоменутом изузетку од правила. Према изричитој одредби ЗПППА, жалба не одлаже извршење пореског управног акта.<sup>10</sup> Против пореског управног акта којим је одлучено о појединачним правима и обавезама из порескоправног односа може се поднети жалба.<sup>11</sup> Жалба се може поднети и када, по захтеву пореског обвезника за доношење пореског управног акта, решење није донето у прописаном року („жалба због ћутања управе“).<sup>12</sup> Рок за жалбу износи 15 дана од дана пријема пореског управног акта, осим ако законом није друкчије прописано.<sup>13</sup>

Пошто се у ЗПППА предвиђа несуспензивност изјављене жалбе, онда се она у пореском управном поступку класификује као редовно, деволутивно и несуспензивно правно средство.

Иако Уставом и законом предвиђено правно средство, несуспензивна жалба се може показати као врло неделотворна, имајући

<sup>6</sup> Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 166–167.

<sup>7</sup> Мирјана Рађеновић, *Право општег управног поступка и управног спора*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016, 186.

<sup>8</sup> Зоран Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 311.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 312.

<sup>10</sup> Чл. 147, ст. 1 ЗПППА.

<sup>11</sup> Чл. 140, ст. 1 ЗПППА.

<sup>12</sup> Чл. 140, ст. 2 ЗПППА.

<sup>13</sup> Чл. 142 ЗПППА.

у виду широка овлашћења Пореске управе и ефикасне механизме принудне наплате пореског дуга. Често ће се принудна наплата утврђеног пореског дуга спровести пре него што се о жалби уопште одлучи. Још чешће се о жалби неће ни одлучити, па ће обвезник морати заштиту да тражи тужбом због „ћутања управе“. Ако жалба и буде усвојена, посебан порески управни поступак је предвиђен за повраћај принудно наплаћеног пореског дуга.

### 3. ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА

Правила за одлагање извршења се налазе у ЗПППА и у Закону о управним споровима.<sup>14</sup>

#### 3.1. Услови за одлагање извршења ожалбене одлуке из ЗПППА

Изузетно, другостепени орган може одложити извршење пореског управног акта којим је утврђена пореска обавеза против којег је изјављена жалба ако порески обвезник документује да би плаћањем пореза или споредних пореских давања пре коначности побијаног акта претрпео *битну економску штету*.<sup>15</sup> Анализом чл. 147, ст. 2 ЗПППА закључујемо да су услови за одлагање извршења следећи: 1) мора бити у питању *порески управни акт којим је утврђена пореска обавеза* (пореско решење<sup>16</sup>); 2) против пореског управног акта претходно мора бити *изјављена жалба*; 3) порески обвезник мора да документује да би плаћањем пореза или споредних пореских давања *пре коначности* побијаног акта претрпео *битну економску штету*.

Пажњу усмеравамо најпре на прва два услова. Уколико је пореском обвезнику достављено пореско решење и он је против њега изјавио жалбу, а испуњен је и трећи услов, биће основан захтев за одлагање извршења. У ЗПППА се не прописује да изјављена жалба *мора да буде благовремена* нити да *мора да буде уредна*. Лексички тумачење ЗПППА наводи на закључак да је *довољно да жалба буде изјављена*. Таква формулација норме за резултат може да има вексаторне жалбе, које се изјављују само како би се издејствовало одлагање извршења. Међутим, пошто о захтеву одлучује другостепени порески орган, можемо претпоставити да ће поступајући орган пред собом имати не само захтев, већ и списе предмета из којих ће се видети да ли је жалба изјављена благовремено.

Даље, примећујемо да се у чл. 147, ст. 2 ЗПППА предвиђа да другостепени орган *може* одложити извршење. Чак и уколико су сви

<sup>14</sup> Закон о управним споровима – ЗУС, *Сл. гласник РС*, бр. 111/2009.

<sup>15</sup> Чл. 147, ст. 2 ЗПППА.

<sup>16</sup> Само је пореско решење акт којим се утврђује пореска обавеза.

услови испуњени и захтев је у том смислу основан, Пореска управа га може и одбити. У недостатку јасних критеријума под којима Пореска управа захтев *може* одбити, такво овлашћење Пореске управе је исувише широко.

Најсложенији за примену је трећи услов. Порески обвезник мора да документује да би плаћањем пореза или споредних пореских давања пре коначности побијаног акта претрпео *битну економску штету*. Да бисмо утврдили шта значи „битна економска штета“ у смислу чл. 147, ст. 2 ЗПППА, неопходно је да применом аналогије анализирамо одредбу ЗПППА којом се прописује да Пореска управа може, на писмени и образложени захтев пореског обвезника, у целини или делимично, одложити плаћање дугованог пореза, под условом да плаћање дугованог пореза: 1) за пореског обвезника представља непримерено велико оптерећење; 2) наноси *битну економску штету* пореском обвезнику.<sup>17</sup> Услове из цитиране норме, према ЗПППА, ближе уређује Влада.<sup>18</sup>

Чл. 147, ст. 2 ЗПППА и чл. 73, ст. 1 ЗПППА „оперишу истим правним појмовима“<sup>19</sup>, па је сходна примена дефиниције правног стандарда из чл. 73, ст. 1 ЗПППА могућа на исти правни појам из чл. 147, ст. 2 ЗПППА.

Сматраће се да би порески обвезник претрпео „битну економску штету“ ако дуг износи најмање:<sup>20</sup>

- за физичко лице: 10% опорезивих прихода у години која претходи години у којој је поднет захтев за одлагање;
- за предузетника и мало правно лице: 5% од укупног годишњег прихода исказаног у последњем финансијском извештају, односно годишњег паушалног прихода;
- за средња и велика правна лица: 5% од обртних средстава исказаних у последњем финансијском извештају.

Под термином „приход“ треба сматрати догађаје који утичу на повећање нето имовине.<sup>21</sup> Реч је о вредности реализованих учинака на тржишту, односно о сваком повећању обвезникових средстава *без обавезе накнадног враћања*. Зато позајмљена средства не чине

<sup>17</sup> Чл. 73, ст. 1 ЗПППА.

<sup>18</sup> Уредба о ближим условима за одлагање плаћања пореског дуга – Уредба, *Сл. гласник РС*, бр. 53/2003, 61/2004 и 71/2005.

<sup>19</sup> Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 332.

<sup>20</sup> Чл. 2 Уредбе.

<sup>21</sup> Јован Ранковић, *Теорија биланса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 1997, 14.

приход.<sup>22</sup> Уколико би једини прилив на банковном рачуну пореског обвезника био прилив од кредита, он се не би квалификовао као приход и не би требало да се узме као меродаван показатељ у смислу чл. 2 Уредбе.

Примера ради, пореском обвезнику – физичком лицу, након поступка канцеларијске контроле, решењем Пореске управе утврђена је пореска обавеза за август 2016. године у износу од 100.000,00 динара и наложено му је да, у року од 15 дана од дана пријема решења, утврђени порески дуг уплати на одговарајући уплатни рачун јавних прихода. Пореском обвезнику је решење достављено у фебруару 2017. године и против њега је изјавио жалбу. Претпоставимо да тај порески обвезник остварује (легалне) приходе само из радног односа и да му је једини извор (легалних) прихода зарада у висини просечне зараде у Републици.<sup>23</sup> Претпоставимо да је порески обвезник 2016. године од своје зараде приходовао 498.096,00 динара. Из тога произлази да порески дуг износи 20,07% опорезивих прихода. Пошто порески обвезник захтев за одлагање извршења подноси након жалбе, у фебруару 2017. године, закључујемо да би плаћањем пореза порески обвезник претрпео *битну економску штету* јер она подразумева да порески дуг износи *најмање 10% опорезивих прихода у години која претходи години у којој је поднет захтев за одлагање*. Према томе, одлагање извршења ожалбеног решења је могуће сходном применом Уредбе на чл. 147, ст. 2 ЗПППА.

### 3.2. Поступак пред другостепеним органом

Као другостепени орган у пореском управном поступку поступа Регионално одељење Пореске управе за другостепени поступак.<sup>24</sup> У наведеном примеру, пореско решење је донела матична филијала Пореске управе пореског обвезника. Порески обвезник је изјавио жалбу и сада треба да поднесе захтев за одлагање извршења тог ожалбеног решења.<sup>25</sup> О изјављеној жалби треба да одлучи орган другог степена.

Сагласно чл. 147, ст. 2 ЗПППА, захтев за одлагање извршења ожалбене одлуке подноси се непосредно другостепеном органу, који

<sup>22</sup> Д. Поповић, 308.

<sup>23</sup> Република Србија, Републички завод за статистику, Подаци о просечној заради у Републици Србији, <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?Key=2>, 5. март 2017.

<sup>24</sup> Почевши од 30. јуна 2017. године изузима се надлежност Пореске управе да поступа као орган другог степена. Другостепени орган биће Министарство финансија.

<sup>25</sup> Јер изјављена жалба нема суспензивно дејство, па се решење може одмах принудно извршити.

има рок од пет дана да посебним закључком одлучи о поднетом захтеву.<sup>26</sup> О захтеву за одлагање извршења треба да одлучи *исти орган који је надлежан за одлучивање о изјављеној жалби*. Тако постављена процесна улога органа другог степена не улива поверење да ће се о захтеву одлучити, а и ако се одлучи, да ће одлука бити повољна по подносиоца. Недостаје деволутивност у одлучивању. Такође, упркос законском року од пет дана, нису ретке ситуације да другостепени орган „ћути“ о поднетом захтеву. Време је кључни фактор у овом поступку. Ако се о захтеву за одлагање извршења не одлучи до истека парижационог рока из ожалбеног решења, принудна наплата је неминовност.

Закључујемо да је захтев за одлагање извршења упућен другостепеном органу крајње неделотворно законско решење.<sup>27</sup> Алтернатива је покретање поступка за одлагање извршења ожалбеног решења пред Управним судом, *пре* изјављивања тужбе том суду.

### 3.3. Услови за одлагање извршења предвиђени ЗУС-ом

Крупна промена коју је донео ЗУС јесте правна могућност да се *од самог суда* тражи одлагање извршења ожалбеног акта под законским условима.<sup>28</sup> Постоје две ситуације у којима се одлагање извршења може тражити од Управног суда.<sup>29</sup> Међутим, за потребе овог рада, нас интересује посебан процесни тренутак у којем таква могућност постоји. Предмет анализе је ситуација која омогућава подносиоцу захтева, *док је још увек у фази управног поступка по жалби*, да поднесе захтев Управном суду, односно *пре него што изјави тужбу* Управном суду.

За одлагање извршења ожалбене одлуке пред Управним судом, пре изјављивања тужбе, у току управног поступка по жалби, услови су следећи: 1) ако се тражи одлагање извршења коначног управног акта којим је мериторно одлучено у управној ствари; 2) ако би извршење тог акта подносиоцу захтева нанело штету која би се тешко могла надокнадити; 3) ако одлагање није противно јавном интересу; 4) ако се одлагањем не наноси већа или ненадокнадива штета противној странци, односно заинтересованом лицу; 5) у случају хитности; 6) када је против тог акта изјављена жалба која по закону нема одложно дејство, а поступак по жалби није окончан.<sup>30</sup>

Сви поменути услови су *кумулятивно* постављени. Уколико и један од услова није испуњен, Управни суд доноси решење којим се

<sup>26</sup> Чл. 147, ст. 3 ЗПППА.

<sup>27</sup> Вид. З. Томић (2012), 450.

<sup>28</sup> З. Томић (2012), 450.

<sup>29</sup> Чл. 23 ЗУС.

<sup>30</sup> Чл. 23, ст. 2 и ст. 3 ЗУС.

захтев одбија и решење је одмах правноснажно јер против њега није могуће изјавити жалбу.

У доктрини је заузет став да примену првог услова треба тумачити тако да, ако је коначним управним актом немериторно решено, тј. њиме је, као другостепеним актом тужиочева жалба била одбачена или одбијена – захтев за одлагање извршења у управном спору ће се одбацити као недозвољен.<sup>31</sup> Питање допуштености захтева за одлагање се неће поставити као спорно у ситуацијама у којима је ожалбена одлука решење о утврђивању пореског дуга са налогом да се дуг плати. С друге стране, у пракси се као спорна јавља ситуација у којој се тражи одлагање извршења ожалбеног решења о принудној наплати.<sup>32</sup> Тај системски недостатак је врло проблематичан, нарочито са аспекта ПДВ-а.

Приметимо да је други ЗУС-ом предвиђен услов правни стандард наступања „штете која би се тешко могла надокнадити“ као услов за одлагање извршења ожалбене одлуке. Подсетимо да је и услов за одлагање извршења, који је предвиђен ЗПППА, наступање „битне економске штете“.

Фундаментално питање које се поставља пред подносиоца захтева је: да ли је могућа сходна примена Уредбе у ситуацији када се захтев за одлагање извршења подноси Управном суду?

Судска пракса је у примени института одлагања извршења у пореским стварима не само оскудна већ и неуједначена. У једној одлуци, Управни суд је одбио захтев за одлагање ожалбеног пореског решења са образложењем да о таквом захтеву треба да одлучује другостепени порески орган.<sup>33</sup> Тиме је Управни суд заправо одбио да одлучи о правном питању из своје надлежности. У другој одлуци, Управни суд налази да би извршењем управног акта чије се одлагање тражи, подносилац захтева претрпео *штету која би се тешко могла надокнадити*.<sup>34</sup> У тој ситуацији је захтев за одлагање извршења усвојен, при чему је до закључка о томе да би подносилац претрпео штету која би се тешко могла надокнадити Управни суд дошао управо на основу обрачуна учешћа пореског дуга у опорезивим приходима обвезника остварених у години која претходи години у којој је захтев поднет суду.<sup>35</sup> Тиме је Управни суд применио Уредбу.

<sup>31</sup> З. Томић (2012), 456.

<sup>32</sup> Решење Управног суда 10 Уо-4/17 од 24. јануара 2017. године; Решење Управног суда 1 Уо-5/17 од 24. јануара 2017. године. Захтев за одлагање извршења је одбачен у оба случаја јер је Управни суд сматрао да ожалбена решења нису решавајућег карактера.

<sup>33</sup> Решење Управног суда 12 У-4142/2017 од 23. марта 2017. године.

<sup>34</sup> Решење Управног суда 20 Уо-9/2017 од 22. фебруара 2017. године.

<sup>35</sup> У оба случаја реч је о истом пореском обвезнику и у питању је исти порески облик. Разлике су у пореском периоду и у висини пореског дуга, с тим

Сходна примена Уредбе подразумева, заправо, њену прилагођену примену. Уколико се приступи језичком и системском тумачењу релевантних одредаба, могло би се закључити да је „штета која би се тешко могла надокнадити“ из чл. 23, ст. 2 ЗУС-а, у основи, „битна економска штета“ из чл. 147, ст. 2 ЗПППА. Логика налаже да се тешко може надокнадити управо „битна економска штета“. У супротном, каква би то штета требало да буде да би се сматрало да се она тешко може надокнадити и на који начин је доказати? Отуда не постоји разлог да се прилагођеном применом Уредбе не оцењује ЗУС-ом прописани услов за одлагање извршења. Истина, ЗУС не упућује ни на примену ЗПППА ни на примену других подзаконских прописа приликом оцене услова за одлагање извршења. Међутим, то није спречавало Управни суд да, применом тих прописа, до скоро доноси решења којима усваја захтеве пореских обвезника.

Што се повреде јавног интереса тиче, не видимо како би одлагање извршења могло да повреди јавни интерес. Пореска управа има овлашћења да, ради обезбеђења наплате пореза који *није до-стео* за наплату или који *није утврђен*, али је покренут поступак утврђивања или контроле, а постоји опасност да порески обвезник осујети, онемогући, односно учини неефикасном његову наплату, установи привремене мере за обезбеђење наплате.<sup>36</sup> Дакле, чак и да се усвоји захтев за одлагање извршења решења којим се порески дуг утврђује, Пореска управа може посебном одлуком да одреди мере обезбеђења.

До настанка веће ненадокнадиве штете по противну страну, односно заинтересовано лице, може да дође само у поступцима у којима учествују две или више странака.<sup>37</sup> Порески управни поступак је једностраначки. Не постоји „противна страна“ или „заинтересовано лице“ чији би интереси били угрожени.

### 3.4. Поступак пред Управним судом

Поступак пред Управним судом се покреће захтевом пореског обвезника. Временом је установљена пракса да је уз захтев неопходно приложити: првостепено решење (ожалбену одлуку) и доказ да је жалба поднета.<sup>38</sup>

Осим тих прилога, треба документовати да би се извршењем ожалбене одлуке подносиоцу захтева нанела штета која би се теш-

---

што у оба случаја удео пореског дуга у укупним опорезивим приходима задовољава критеријуме из Уредбе.

<sup>36</sup> Чл. 66, ст. 1 ЗПППА.

<sup>37</sup> З. Томић (2012), 456.

<sup>38</sup> Решење Управног суда 9 Уо-96/2011 од 17. августа 2011. године.



ко могла надокнадити. Према ставу Управног суда, у захтеву за одлагање извршења морају се навести чињенице, околности и поднети докази из којих се може „несумњиво“<sup>39</sup> закључити да би спровођењем извршења подносилац претрпео штету која би се могла надокнадити.<sup>40</sup> Ако би се као меродавна посматрала правила из Уредбе, онда је штета која би се тешко могла надокнадити у случају пореског поступка мерљива и врло егзактна величина, а степен доказаности њеног наступања је увек на граници „несумњивог“ или извесног. Резултат стављања у однос пореског дуга са добити након опорезивања из биланса успеха или укупног опорезивог прихода биће или удовољавање захтеву за одлагање или његово одбијање, о чему суд одлучује решењем, најкасније у року од пет дана од дана пријема захтева.<sup>41</sup> У том смислу, пракса је прихватала као меродавне доказе биланс стања и биланс успеха (за пореске обвезнике који воде књиге) или изводе о стању и променама на текућем рачуну и консолидовани упит стања (за пореске обвезнике који не воде књиге).<sup>42</sup>

### 3.5. Паралелно вођење поступака

Као што је већ поменуто, поступак одлагања извршења ожалбене одлуке регулисан је на два места. У ЗПППА се примарно предвиђају услови и поступак одлагања пред другостепеним пореским органом. С друге стране, у ЗУС-у се предвиђају услови и поступак одлагања пред Управним судом.

Такав систем норми омогућава паралелно вођење поступака. Другим речима, могуће је, пошто није изричито забрањено, да се захтев за одлагање извршења истовремено поднесе и другостепеном пореском органу и Управном суду. Процесна стратегија се заснива на томе да ће барем један од та два органа решити и удовољити захтеву. Иако је и у једном и у другом случају прописан исти рок за одлучивање о поднетом захтеву, Пореска управа је та која ће често „ћутати“ или ће одбити захтев, уз позив на то да га „може“ али не мора усвојити.

У сваком случају, није незамислива ситуација да Управни суд захтеву удовољи и донесе решење о одлагању извршења, а да Пореска управа закључком захтев одбије, или обрнуто. У тој ситуацији постоје два акта, један „судски“ и други „управни“. Међутим, према нашем мишљењу, у сукобу „судског“ и „управног“ акта превагу

<sup>39</sup> Решење Управног суда 11 У-10285/2012 од 21. августа 2012. године.

<sup>40</sup> Упор. З. Томић (2012), 456. Аутор истиче да се у захтеву за одлагање извршења морају пружити одговарајући докази или се бар мора учинити „вероватним“ да су наведени услови испуњени.

<sup>41</sup> Чл. 23, ст. 4 ЗУС.

<sup>42</sup> Решење Управног суда 1 Уо-4382012 од 27. јуна 2012. године.

треба дати решењу Управног суда. Пресуда донета у управом спору је обавезујућа.<sup>43</sup> Према принципу „ко може више, може и мање“, могло би се закључити да су, подједнако као пресуде, обавезујућа и решења Управног суда. Такође, треба имати у виду да је неизвршење судске одлуке кривично дело.<sup>44</sup> Кривични законик не санкционише само неизвршење пресуде, већ неизвршење „судске одлуке“. У доктрини је општеприхваћено да је термин „одлука“ генерички појам који обухвата и пресуде и решења суда (изузетак је одлука Уставног суда, која је именовани акт решавајућег карактера). Тако, Пореска управа не би смела да покрене принудну наплату према обвезнику коме је Управни суд решењем одложио извршење ожалбене одлуке, а Пореска управа закључком исти захтев одбила. Потписник таквог решења о принудној наплати би био одговоран за кривично дело, а порески обвезник би имао основа да истакне захтев за повраћај принудно наплаћеног пореза.

Међутим, и порески обвезник би, одмах по сазнању за повољну одлуку Управног суда, морао да обавести Пореску управу о томе, и то и организациону јединицу која спроводи поступак наплате пореског дуга и другостепени орган који још увек није одлучио о поднетом захтеву. Додали бисмо да би, у том сценарију, корисно било повући захтев пред другостепеним органом.

#### 4. ИЗАБРАНИ ПРИМЕРИ ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Када Управни суд одлучује о захтеву за одлагање извршења, он захтев може да усвоји, одбије или одбаци.

##### 4.1. Усвајање захтева за одлагање извршења

Овај пример се тиче пореског обвезника – физичког лица које је пензионер, коме је Пореска управа утврдила порез на капитални добитак. Он је изјавио уредну и благовремену жалбу, а потом поднео и захтев за одлагање извршења ожалбеног решења Управном суду. Разматрајући његов захтев, Управни суд је нашао да је захтев основан.<sup>45</sup> Имајући у виду да је порески обвезник пензионер, увидом у извод стања и промена на рачуну пореског обвезника суд је утврдио да утврђени порез чини 77,69% „укупног годишњег прихода“ пореског обвезника. Стога је суд нашао да би извршење ожалбеног решења пореском обвезнику нанело штету која би се тешко могла надокнадити.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Чл. 7, ст. 1 ЗУС.

<sup>44</sup> Чл. 340 Кривичног законика – КЗ, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, ..., 94/2016.

<sup>45</sup> Решење Управног суда 2 Уо-113/2016 од 27. децембра 2016. године.

<sup>46</sup> *Ibid.*

Управни суд је сходно применио правила из Уредбе и исправно одлучио да захтев усвоји. Међутим, сматрамо да однос пореског дуга спрам „укупног годишњег прихода“ није од значаја за усвајање захтева јер приход пореског обвезника (пензија) *није опорезив*.

Наиме, Законом о порезу на доходак грађана<sup>47</sup> предвиђено је *изузимање* од опорезивања у случају пензија и инвалиднина које се остварују из обавезног пензијског и инвалидског осигурања. Пошто је реч о изузимању, а не о ослобођењу од плаћања пореза, пензија *није опорезиви приход*. У том случају, износ пензије није релевантан. Доследна примена Уредбе налаже да би захтев требало усвојити у сваком случају, уколико је једини приход пореског обвезника пензија, пошто ће у том случају *опорезиви* приход пореског обвезника бити нула динара. Такву неусклађеност ЗОПДГ и Уредбе треба отклонити, а док се усклађивање не изврши, Управном суду је омогућено да захтев у том случају одбије јер је формулација чл. 23 ЗУС-а таква да Управни суд *може* (дакле, не мора) одложити извршење.

#### 4.2. Одбијање захтева за одлагање извршења

Овај пример се тиче пореског обвезника који је физичко лице и којем је Пореска управа утврдила порез на имовину. Међутим, утврђујући порески дуг, Пореска управа обвезнику није признала право на порески кредит, иако он станује у стану који је предмет опорезивања.<sup>48</sup> Сматрајући да је закон повређен на његову штету, обвезник је изјавио жалбу, а након што му је жалба одбијена, поднео је тужбу у којој је, између осталог, тражио одлагање извршења побијаног решења.

Управни суд је захтев одбио, уз образложење да извод из банке не представља довољан доказ да би се извршењем решења тужиоцу нанела штета која би се тешко могла надокнадити. Уз то, суд је констатовао да нису пружени ни докази да одлагање није противно јавном интересу. Закључак суда који гласи: „Суд указује да се приликом одлучивања о захтеву за одлагање извршења, као једине мере привремене судске заштите, примењује искључиво одредба члана 23 ЗУС“ директно противречи досадашњој пракси.<sup>49</sup>

Цитирана одлука Управног суда је супротна ставу, који је заузет непуних месец дана раније, да одлагање извршења није противно

<sup>47</sup> Чл. 9, ст. 1, тач. 17 Закона о порезу на доходак грађана – ЗОПДГ, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2001, ..., 7/2017.

<sup>48</sup> Чл. 13, ст. 1 Закона о порезима на имовину – ЗПИ, *Сл. гласник РС*, бр. 26/2001, ..., 68/2014, прописује да се утврђени порез на зграду или стан у којем станује обвезник умањује за 50%, а највише 20.000 динара.

<sup>49</sup> Решење Управног суда 20 У-18610/16 од 31. марта 2017. године.

јавном интересу.<sup>50</sup> У тој одлуци је, уз сходну примену Уредбе, захтев за одлагање усвојен, а нарочиту пажњу привлачи то што је у оба предмета одлучивао исти судија. Полазећи од тога да пропис није промењен у периоду између две супротне одлуке, није разумљив тај заокрет у примени института одлагања извршења. Шта је то што је на суд утицало да најпре сходно примењује Уредбу, а онда месец дана касније да заузме тако ригидан став по питању немогућности њене сходне примене? Ако би се читала само одбијајућа одлука, ван контекста претходних одлука, могло би се рећи да сходна примена Уредбе никада није ни била опција.

#### 4.3. Одбацавање захтева за одлагање извршења

Овај пример се односи на случај правног лица – обвезника ПДВ-а, који је пао у доцњу са плаћањем пореза. Пореска управа је упутила опомену за плаћање пореског дуга, а након тога је донела решење о принудној наплати пореза. Порески обвезник је изјавио уредну и благовремену жалбу, а одмах после жалбе и захтев за одлагање извршења решења о принудној наплати пореза Управном суду.

Испитујући законитост поднетог захтева, Управни суд је решењем одбацио захтев.<sup>51</sup> Управни суд је сматрао да је захтев за одлагање извршења поднет против „решења којим није мериторно одлучено у управној ствари, већ је утврђена принудна наплата пореске обавезе“.<sup>52</sup>

Такав став Управног суда би могао да се окарактерише, у најмању руку, као споран, и са аспекта управног права и са аспекта пореског права.

Најпре, са становишта управног права у питању је управно одлучивање у једној управној ствари. Према пореском обвезнику је одређена принудна наплата и против таквог решења је *жалба допуштена*. У ЗПППА се децидирано наводи да су *порески управни акти пореско решење и порески закључак*.<sup>53</sup> Притом, у ЗПППА се порески управни акт одређује као акт којим Пореска управа *решава* о појединачним правима и обавезама пореског дужника из пореско-правног односа. Ако је порески управни акт одлука којом се решава о појединачним правима и обавезама, онда је он мериторног карактера.

---

<sup>50</sup> Решење Управног суда 20 Уо-9/2017 од 22. фебруара 2017. године.

<sup>51</sup> Решење Управног суда 10 Уо-4/17 од 24. јануара 2017. године; Решење Управног суда 1 Уо-5/17 од 24. јануара 2017. године.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Чл. 34, ст. 2 ЗПППА.

Са становишта пореског права, проблем је нешто сложенији. ПДВ се утврђује самоопорезивањем па нема пореског решења које би могло да се напада жалбом и чије би се извршење, евентуално, одлагало. Решење се појављује једино у фази принудне наплате и само је тај акт нападљив жалбом, а управносудска пракса не признаје право на одлагање извршења тог решења. Ту особеност ПДВ-а Управни суд у описаној ситуацији није имао у виду нити се у образложењу дотакао те проблематике. Дакле, пореском обвезнику није остављен простор за адекватну правну заштиту.

Сасвим је замислив сценарио да решење о принудној уплати ПДВ-а може бити донето иако је порески обвезник у законском року поднео Пореској управи захтев за одлагање плаћања до 60 месеци, а Пореска управа о том захтеву још увек није одлучила. Решење о принудној уплати би у тој ситуацији било *par excellence* противзаконито и жалба би била изјављена са пуним правом.<sup>54</sup> Принудна уплата такве обавезе, без могућности делотворне контроле, која подразумева суспензију извршења, лако може да доведе обвезника(е) у стање неликвидности, стечај и банкротство.

Алтернативно решење тог, у начелу системског проблема могло би да се пронађе у изјављивању жалбе против „решења у виду забелешке на спису предмета“.<sup>55</sup> Реч је о упрошћеној верзији решења које се доноси када је кумулативно испуњено следећих пет услова: 1) да је у питању ствар мањег значаја; тј. оне у којима је ангажован претежно приватни интерес, које се решавају лако и брзо уз мало трошкова, а релативно често се понављају у правном животу; 2) да је поступак покренут по захтеву странке и да на основу закона следује по њу повољно, позитивно решење; 3) разлози за доношење решења у виду забелешке на спису морају бити очигледни; 4) доношењем таквог облика решења не сме се дирати у јавни интерес ни у интерес било ког другог лица; 5) да у погледу те ствари не постоји пропис који налаже редовну форму и структуру решења или који забрањује доношење решења у виду забелешке на спису.<sup>56</sup>

У нашем примеру, то би била ситуација када је порески обвезник попунио и поднео електронску пореску пријаву, а Пореска управа му је узвратила електронску потврду о поднетој пореској пријави.

<sup>54</sup> Чл. 77, ст. 5 ЗПППА.

<sup>55</sup> Чл. 142 Закона о општем управном поступку – ЗУП, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2016 прописује да решење може да садржи само диспозитив у виду забелешке на спису ако се у мање значајним једностраначким управним стварима усваја захтев странке, а не дира у јавни интерес или интерес трећих лица и ако друкчије није прописано.

<sup>56</sup> З. Томић (2011), 302.

Пореска пријава и потврда о поднетој пореској пријави заједно конституишу решење у виду забелешке на спису предмета. Против тог решења жалба је дозвољена јер није законом искључена.<sup>57</sup> Последично је могуће и одлагање извршења тог решења у поступку пред Управним судом.

Недостатак судске и управне праксе у оваквим ситуацијама оставља простор за расправу о томе да ли „решење у виду забелешке на спису“ представља акт у погледу којег одлагање извршења може да се тражи. У начелу, нема разлога да се сматра да је тако нешто *a priori* немогуће, будући да је такво решење предвиђено у чл. 142 ЗУП-а.

## 5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Жалба, сама по себи, није делотворно правно средство против одлука Пореске управе. Несуспензивност жалбе омогућава Пореској управи да наплати порески дуг од пореског обвезника већ у фази жалбеног поступка. Евентуално усвајање жалбе, до којег може доћи и након годину или више дана, пореског обвезника води у нови поступак за повраћај принудно наплаћеног пореза. Ипак, осим тих генералних замерки, сматрамо да правило о несуспензивном дејству жалбе у пореском управном поступку, барем за сада, треба задржати због заштите интереса фискаса, економичности поступка и ефикасности рада Пореске управе. Међутим, неопходно је омогућити суспензију извршења у јасним и предвидљивим ситуацијама, уз изношење таквог захтева пред суд.

Уколико жалбу и жалбени поступак сагледамо са позиције целог правног система, који чине и ратификоване међународне конвенције, које су изнад закона, онда би се могла изнети озбиљна замерка на рачун заштите права пореских обвезника.<sup>58</sup> Намеће се питање до које мере је ефикасно правно средство ако није суспензивног карактера, уколико су мере принудне наплате пореза изузетно „агресивне“ према имовини обвезника, а судска пракса, у погледу одлучивања о захтевима за одлагање извршења, неуједначена и решавању пореских предмета приступа врло површно, не обазирјући се на особености различитих пореских облика.

---

<sup>57</sup> Чл. 140, ст. 1 ЗПППА.

<sup>58</sup> Чл. 13 Европске конвенције о људским правима – ЕКЉП, прописује да свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира на то јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.

Можда најбољи пример тога колико је делотворан правни лек неопходан у пореском управном поступку можемо пронаћи у међународној судској пракси. У поступку *Јаносевић против Шведске*<sup>59</sup> подносиоци представке су тврдили да је извршење одлука Пореске управе, пре него што је коначна судска одлука утврдила обавезе подносиоца представки, у супротности са чл. 6 ЕКЉП, којим се јемчи право на правично суђење. У том случају, суд је удовољио захтеву подносиоца представке и досудио му надокнаду штете и судских трошкова.

У ЗУС-у се предвиђа правни пут заштите имовинских интереса пореских обвезника путем захтева за одлагање извршења пред Управним судом, пре него што се покрене управни спор. Дакле, већ у фази жалбеног поступка порески обвезник може да иницира поступак пред Управним судом у којем ће доказивати да би извршењем ожалбене одлуке по пореског обвезника наступила штета која би се тешко могла надокнадити. Међутим, лутање управносудске праксе у том домену води правној несигурности. Није прихватљиво да Управни суд у једној ситуацији примени Уредбу, а онда само месец дана касније, у другој ситуацији, брани став како се пред Управним судом примењују искључиво правила ЗУС-а, која не одређују ближе правне стандарде које прописују. С друге стране, подношење таквог захтева Пореској управи не може се сматрати деволутивним правним средством јер се подноси органу који одлучује о жалби.

Сматрамо да постоји системски недостатак у самом ЗУС-у. Наиме, против решења о одбијању захтева није предвиђен ни редовни ни ванредни правни лек.<sup>60</sup> Захтев за преиспитивање судске одлуке не може да се поднесе против судског решења донетог поводом захтева за одлагање извршења ожалбене одлуке, пошто таква заштита није истим законом ни предвиђена.<sup>61</sup> Уколико се захтев за одлагање извршења одбије, жалба није допуштена, па је такво решење одмах правноснажно, али није предвиђен ни ванредни правни лек. Закључак је да једини суд који може да омогући делотворност правног средства у пореском управном поступку доноси неуједначене одлуке које нису предмет контроле.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> *European Court of Human Rights, First Section, Case of Janosevic v. Sweden, Application no. 34619/97, Judgment, 23. јул 2002. године.*

<sup>60</sup> Чл. 49, ст. 2 ЗУС прописује да захтев за преиспитивање судске одлуке може да се поднесе: 1) када је то законом предвиђено; 2) у случајевима када је суд одлучивао у пуној јурисдикцији; 3) у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба.

<sup>61</sup> З. Томић (2012), 667.

<sup>62</sup> Једино правно средство које преостаје је уставна жалба.

Поређења ради, у Немачкој постоји развијен систем судске контроле у пореским стварима. Сви порески спорови се износе пред специјализоване пореске судове. О жалбама против одлука првостепених пореских судова одлучује Савезни порески суд (нем. *Bundesfinanzhof*)<sup>63</sup>.

И САД имају систем који предвиђа три различита првостепена суда пред које је могуће изнети порески случај. То су Порески суд (енг. *Tax Court*), Савезни окружни суд (енг. *Federal District Court*) и Парнични суд (енг. *Claims Court*). Уколико се случај изнесе пред Порески суд, обвезник нема обавезу да утврђени порез плати све док се поступак не оконча. *Ratio legis* таквог решења би могао да се пронађе у чињеници да пореске судије имају искуства у пореским предметима и да порески систем САД познају веома добро.<sup>64</sup> Осим тога, поступци пред Пореским судом САД су врло скупи па ће обвезник случај изнети пред Порески суд само уколико је убеђен да је у праву. О жалби против одлука свих поменутих судова одлучује Апелациони суд (енг. *Courts of appeal*).<sup>65</sup>

*De lege ferenda* би требало размотрити увођење двостепености поступка пред Управним судом, али и „специјализацију“ судија у области пореске материје. Та „специјализација“ се може постићи или оснивањем Пореског суда или формирањем посебног одељења Управног суда које би се бавило само пореском материјом.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Јакшић, А., *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006. (Jakšić, A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006)
- Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)
- Рађеновић, М., *Право општег управног поступка и управног спора*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016. (Radenović, M., *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2016)

<sup>63</sup> Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 216.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 217.

<sup>65</sup> *Ibid.*



- Ранковић, Ј., *Теорија биланса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 1997. (Ranković, J., *Teorija bilansa*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1997)
- Томић, З., *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011. (Tomić, Z., *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011)
- Томић, З., *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Службени гласник, Београд 2012<sup>2</sup>. (Tomić, Z., *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Službeni glasnik, Beograd 2012<sup>2</sup>)
- Thuronyi, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003.

Minja Đokić, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

Attorney at Law

## SUSPENSIVE EFFECT OF THE APPEAL IN SERBIAN TAX ADMINISTRATIVE PROCEDURE

### *Summary*

Subject of this article is the analysis of the appeal in tax administrative process of the Republic of Serbia, with special survey of its effectiveness. We shall analyze the appeal procedure in regards to tax administrative acts with accentuation on action for suspense of enforcement by which, in a special proceeding before second instance or Administrative court, a suspension of enforcement can be achieved. Scope of this article shall also be on rare, but landmark, examples of the case law regarding matter at hand.

We argue that, in Serbia as a developing country, as an exception, non-suspensive effect of appeal rule should be maintained in order to realize the goal of efficiency in tax collection and the protection of Treasury interests. However, we also argue that in exceptional circumstances, when property of tax payers is threatened, it is necessary to allow an effective remedy by the means of suspending the enforcement of tax administrative act.

We conclude that, as a result of non-application of suspension, appeal will be a non-effective remedy. *De lege ferenda* we point out the need for introducing a second instance before Administrative court and we propose formation of special tax departments in Administrative court.

Key words: *Appeal. – Action for suspension of enforcement. – Administrative court. – Suspensive effect of the appeal.*

Article history:

Received: 26. 6. 2017.

Accepted: 4. 9. 2017.

Ана Одоровић, мастер\*

Harold Winter, *Issues in Law & Economics*, The University of Chicago Press, Chicago – London 2017, 240.

Иза врло општег и неодређеног наслова последње књиге Харолда Винтера крије се непретенциозна намера аутора „да пренесе своје искуство предавања економске анализе права на Универзитету Охајо (*Ohio University*) студентима који не поседују неопходна знања из микроекономије, статистике и математике“. Међутим, ако је судити по садржини а не по корицама, Винтер је настојао да премости термилошке баријере између правника и економиста и да покаже да оне не морају и да не смеју бити сметња истински интердисциплинарном приступу решавања актуелних друштвених проблема и „горућих“ правних питања. То је само по себи амбициозан подухват – сложиће се правници и економисти који се најбоље разумеју око тога да се не разумеју, чак и када говоре о истим стварима.

Иако је, чини се, вредност ове књиге пре свега методолошке природе, управо је Винтеров наизглед насумичан одабир правних питања оно што може да заинтригира читалачку публику. Да ли треба омогућити продају људских органа? Да ли ће дељење фајлова на интернету уништити музичку индустрију? Да ли судије дискриминишу приликом изрицања казне? Те и сличне друштвене контроверзе аутор вешто користи да читаоца избаци из његовог уобичајеног интелектуалног колосека и да га упозна са најзначајнијим налазима економске анализе стварног, облигационог и кривичног права. Структура књиге прилагођена је изабраним правним питањима која су груписана према областима права. У оквиру сваког питања аутор следи једнообразну структуру. Најпре нас упознаје са чињеницама стварног случаја, чија анализа покреће занимљиву правну полемику, а затим се та полемика спонтано и луцидно преноси на терен економске анализе, тако да читалац правник готово не примети да је изгубио свој „догматски штит“.

---

\* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, [ana.odorovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ana.odorovic@ius.bg.ac.rs).

Пре упуштања у анализу занимљивих правних случајева који чине срж његовог дидактичког приступа, Винтер укратко објашњава три најважније функције економске анализе права. Прва функција је дефинисање правног проблема кроз призму избора с којим се суочавају појединци, односно предвиђање њихове корисности и трошкова који произилазе из примене неке правне норме. Друга функција подразумева емпиријску верификацију теоријских хипотеза – одговор на питање да ли у стварном свету опажамо корисности и трошкове које предвиђа теоријски модел и одмеравање њиховог релативног значаја. Коначно, трећа функција, која је често имплицитно садржана у претходне две, јесте давање препорука у погледу садржине и примене права. Аутор читаоца истовремено упознаје са ограничењима са којима се уобичајено суочава економска анализа права, пре свега у погледу поузданости емпиријских налаза, као и неисцрпном полемиком о томе да ли максимизација друштвеног благостања треба да буде једини критеријум према коме се оцењује пожељност појединих исхода.

У првој целини, која обухвата питања која спадају у сферу својинских права, аутор настоји да илуструје фундаменталан принцип економске анализе: ефикасна је она алокација ресурса (права) која подразумева да се они користе тамо где је вредност њихове употребе највећа. Судска одлука коју Винтер користи као пример тиче се спора једног пацијента и његовог лекара у вези са тим да ли је лекар имао право да користи ћелије пацијента за своја научна истраживања. Економска анализа доводи до помало изненађујућег закључка да, са становишта максимизације друштвеног благостања, није битно коме ће суд досудити право на ћелије, пацијенту или лекару. Докле год је то право јасно одређено и у слободном промету (основна претпоставка Коузове теореме),<sup>1</sup> узајамна корист од размене ће довести до тога да оно буде употребљено тамо где има највећу вредност, а то је у овом случају истраживање за потребе развијања нових медицинских третмана. На тој линији аргументације аутор објашњава зашто је ефикасно допустити слободан промет људских органа – та на први поглед друштвено неприхватљива пракса омогућила би да и донори и примаоци увећају своје благостање путем размене, што истовремено значи већи број спасених живота.

Налаз да алокација права од стране суда ипак није увек без значаја за ефикасност исхода произилази из чињенице да у многобројним ситуацијама постоје високи трансакциони трошкови који су препрека размени. Винтер се осврће на тај други предуслов примене Коузове теореме, разматрајући спор између два хотела који он

<sup>1</sup> Ronald Coase, „The problem of social cost“, *The Journal of Law and Economics* 56(4)/2013.

шаљиво назива „спором поводом права на Сунце“, јер је изградњом једног хотела заклоњено Сунце другом. Аутор објашњава да у условима високих трансакционих трошкова за ефикасност исхода може да буде корисно да суд, осим додељивања права, унапред одреди накнаду штете коју ће платити друга страна у случају повреде.

Занимљиво је да је висина трансакционих трошкова кључна за анализу једног сасвим различитог правног питања – оправданости експропријације. Начелно посматрано, експропријација омогућава да се ресурси преселе тамо где имају највећу вредност онда када високи трансакциони трошкови преговарања државе са великим бројем индивидуалних власника онемогућавају функционисање слободног тржишта. Насупрот томе, замена тржишног механизма нетржишним, одређивањем правичне накнаде за власнике чија су права предмет експропријације, истовремено представља опасност да ресурси буду употребљени тамо где имају мању вредност. Та опасност се јавља уколико је компензација мања од оне која би била успостављена на тржишту.

У оквиру дела књиге који се односи на својинска права, Винтер такође укратко сумира економску суштину ауторских права. Анализирајући одлуку суда да забрани рад једног интернет портала за размену музичких садржаја (тзв. *Peer-to-peer*), аутор јасно илуструје везу између подстицаја за стварање музичког или другог ауторског дела, с једне стране, и тржишне моћи, с друге стране. Интересантно је да емпиријска истраживања показују да је илегална размена музичких садржаја на интернету довела до пада прихода у музичкој индустрији, али да се то није нужно одразило на подстицаје музичара да стварају ауторска дела. На основу тога се закључује да сузбијање технологије за размену музичких садржаја није нужно пожељно јер, у крајњој линији, циљ ауторског права није да омогући стварање тржишне моћи – то се само чинило као неизбежна последица.

У другом, посебно интересантном делу, који представља увод у економску анализу уговора, Винтер нуди свежу перспективу посматрања два питања која представљају предмет неисцрпних расправа и у правној науци. Прво питање се тиче услова за једнострану раскид уговора и накнаде штете на коју има право друга страна. Реч је о раскиду до кога долази из чисто опортунистичких мотива – страна у уговору, најчешће продавац, може да оствари већи профит ван уговорног односа. Насупрот принципу *pacta sunt servanda*, према коме уговор начелно увек треба извршити, економска анализа уводи појам ефикасног раскида уговора. Раскид је друштвено пожељан у мери у којој ће добра завршити у рукама треће стране која их вреднује више од купца из уговора, те је стога спремна да плати вишу цену. Кључно

питање је који вид накнаде уговорне штете подстиче ефикасан, а одвраћа неефикасан раскид уговора. Испоставило се да је то она накнада штете која другу страну ставља у позицију као да је уговор извршен, због чега ће она у крајњој инстанци бити индиферентна између извршења и раскида (*expectation remedy*). Интересанто, то је управо онај вид накнаде који би стране саме предвиделе у уговору да су могле да предвиде све будуће околности. Насупрот томе, друга два вида накнаде штете могла би да подстакну и неефикасан раскид уговора. Реч је о накнади штете која другу страну ставља у позицију као да уговор није ни закључен (*reliance remedy*) или јој само омогућава да поврати вредност онога што је уступила другој страни извршењем своје уговорне обавезе. Коначно, аутор се осврће на важну расправу да ли судови начелно треба да досуђују накнаду штете или принудно испуњење уговорне обавезе (*specific performance*). У условима када утврђивање накнаде штете за суд ствара високе трошкове, а трансакциони трошкови преговарања су ниски, суд треба да досуди принудно испуњење јер то не спречава продавца да у крајњем исходу понуди купцу накнаду чија вредност превазилази вредност испуњења.

Друго важно питање уговорног права јесте расправа о томе да ли суд треба да прогласи ништавом уговорну одредбу коју сматра неправичном, односно која ствара непропорционално оптерећење за једну уговорну страну. Правни институт англосаксонског права на који се аутор позива (*uncoscionability*) у својој суштини подразумева да неука страна у уговору није могла да разуме последице такве уговорне одредбе. Економска анализа истиче две опасности у примени тог института. Пре свега, поставља се питање да ли је неука страна добила нешто заузврат прихватањем такве уговорне одредбе, односно да ли би други услови из уговора за ту страну били неповољнији. Другим речима, ефикасност спорне уговорне одредбе треба проценити на основу тога да ли би купац, да је могао да сагледа све последице спорне одредбе, закључио такав уговор. Друго, тај правни институт може да доведе до раста трошкова уговарања, будући да у условима правне несигурности у погледу валидности генеричне уговорне одредбе, стране у уговору имају подстицај да утроше више ресурса на уговарање одредаба за које не постоји ризик поништаја.

У трећем делу књиге Винтер се кроз анализу упечатљивих судских одлука осврће на питање одговорности за штету. Аутор настоји да објасни у којим ситуацијама је ефикасно усвајање принципа субјективне а у којим објективне одговорности. У вези са случајем који се тичао излива штетних хемикалија у насељеном месту, аутор дефинише основни постулат економске анализе штете: одговорност за штету треба да буде успостављена тако да ствара подстицаје потенцијалном штетнику да улаже ресурсе у спречавање штете докле год су трошкови спречавања мањи од очекиване вред-

ности штете (која зависи од укупног износа штете и вероватноће њеног наступања). Испоставило да се да у условима када наступање штете искључиво зависи од одговорности штетника и субјективна и објективна одговорност представљају ефикасно правило, с тим што принцип субјективне одговорности ствара знатно више трошкове за суд приликом процене да ли је штетник предузео дужну пажњу, а објективна одговорност доводи до већег броја парница. Међутим, анализа је нешто другачија уколико наступање штете зависи и од нивоа дужне пажње оштећеног. У таквој ситуацији правило објективне одговорности, с једне стране, не даје довољно подстицаја оштећеном да предузме неопходне радње да спречи штету, а с друге стране, доводи до прекомерне пажње штетника. Степен дужне пажње, међутим, није једини фактор који утиче на вероватноћу наступања штете. Други важан фактор је ниво активности, односно учесталост радњи штетника и оштећеног које су у вези са наступањем штете. Аутор закључује да је правило објективне одговорности оправдано применити на оне ситуације у којима штета пре свега зависи од радњи штетника, а правило субјективне одговорности онда када је важна активност оштећеног. Те апстрактне принципе одговорности за штету Винтер користи да објасни зашто произвођачи треба да сноси објективну одговорност за мањкавост производа али не и за мањкавост дизајна производа или да одговори на питање зашто повишен степен одговорности лекара доводи до „прекомерне пажње“ према пацијентима.

Последња област економске анализе права којој се у књизи посвећује посебна пажња јесте кривично право. У том поглављу Винтер је одступио од свог уобичајеног „канона“ да најпре анализира судску одлуку, а затим уводи економску анализу. Уместо тога, аутор креће од модела зачетника економске анализе криминала Герија Бекера (Gary Becker),<sup>2</sup> према коме ће рационалан појединац починити кривично дело уколико је корисност бављења криминалом већа од очекиване вредности кажњавања. Претпоставка рационалности преступника је у наредним деценијама изазвала праву лавину полемика. Правници који исказују сумњу према налазу да се потенцијалан учинилац упушта у прецизну калкулацију очекиване вредности казне на основу висине запрећене казне и вероватноће кажњавања, истиче аутор, пропуштају да сагледа неколико важних импликација Бекеровог модела. Пре свега, исти ниво превенције се може постићи различитим комбинацијама висине казне и вероватноће кажњавања. Будући да други елемент изискује значајне ресурсе, максимизација благостања налаже заостравање казнене политике у сврху смањивања нивоа криминала. На истој линији аргументације је и налаз

<sup>2</sup> Gary S. Becker, „Crime and punishment: An economic approach“, *Journal of Political Economy* 2/1968.

да је новчана казна ефикаснији вид кажњавања од казне затвора, иако може бити спорно под којим условима доводе до истих ефеката. Коначно, и често изненађујуће, у сваком друштву је пожељна одређена позитивна стопа криминала, будући да ресурси ангажовани за спречавање криминала имају и алтернативне намене чија је друштвена корисност потенцијално већа.

На основу налаза Бекеровог модела, аутор читаоца затим уводи у занимљиву емпиријску полемику да ли казна затвора смањује ниво криминала услед ефекта превенције или услед ефекта онеспособљавања учиниоца кривичног дела док је у затвору. Креативни начини којим истраживачи настоје да изолују та два дејства, односно дају одговор на питање колико би кривичних дела учинили они који су у затвору да нису у затвору, производе важне нормативне последице. Тако, на пример, у вези са променом казнене политике у САД која је значајно заострила затворске казне за рецидивизам, показало се да корисност од онеспособљавања често не оправдава високе трошкове затворске казне. Осим тога, снажнија превенција до које је реформа довела плаћена је једном изненађујућом, иако „савршено рационалном“, последицом – они који су поново учинили кривично дело учинили су у просеку теже кривично дело. Иако се економска анализа криминала бави пре свега питањем рационалности учиниоца кривичних дела, рационалност оних који се старају о спречавању и кажњавању кривичних дела постаје важна, на пример, за давања одговора на питање о степену расне и других видова дискриминације. Винтерова књига сведочи да економски метод анализе и овде може да понуди веома занимљиве одговоре.

Књига је веома успешна у ономе што се све више очекује од истраживача у области друштвених наука, а то је да својим апстрактним налазима удахну живот и учине их непосредно применљивим, провокативним и интелектуално стимулативним. Економска анализа права је као дисциплина дуго била у сенци њеног захтевног и неприступачног методолошког апарата, а Винтер недвосмислено показује да живописни примери из судске праксе и учестале паралеле између правних и економских појмова могу да ублаже описани изазов. Интересантно је колико се опште и екстензивне теорије скриво иза на први поглед „ексцентричних“ правних питања. Аутор је такође врло вешто уклопио најновије емпиријске резултате из којих законодавци и судови у различитим земљама могу да извуку врло јасне поуке. Ипак, можда је неоправдано изостала једна важна теоријска и емпиријска област, а то је економска анализа парнице. Наравно, увек се може критиковати и врло неуобичајен избор питања, као и то што се чини да су многа од њих у књизи нашла место искључиво због њихове шокантне и контроверзне природе. Док читалац има пуно



право да буде критичан према овом новом императиву да у условима свеопште интелектуалне апатије и наука треба да се на приземан начин додворава својој публици, ова књига сигурно представља малу победу на плану популаризације економске анализе права. Сви они које та победа радује ће сигурно са задовољством листати њене странице.

Никола Илић, мастер\*

Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics*, Yale University Press, New Haven – London 2016, 228.

Професор емеритус, бивши дугогодишњи декан Правног факултета Универзитета Јејл (енг. Yale University) и судија америчког Федералног суда, Гвидо Калабрези је, уз Роналда Коуза (Ronald Coase) и Ричарда Познера (Richard Posner), један од утемељивача научне дисциплине право и економија (енг. *law and economics*).

Као у његовим чувеним радовима о ризику и накнади штете,<sup>1</sup> својинским правима и одговорности,<sup>2</sup> и у овој књизи Калабрези објашњава речима попут муње, која у тренутку осветли читав предео. Вођен тим речима, читалац је у стању да јасно сагледа комплексну структуру права и економије, али и да стекне утисак о томе шта предстоји тој младој научној дисциплини, која је већ увелико прихваћена на свим водећим америчким и већини европских универзитета.

Пре анализе сложенијих питања, у првом поглављу, аутор хирушком прецизношћу разграничава две сродне, али ипак битно различите научне области – право и економију и економску анализу права. Разлика је умешно објашњена на основу цитата Џона Стјуарта Мила, једног од највећих мислилаца XIX века и великог поборника утилитаризма. Пишући о Џеремију Бентаму, Мил је забележио следеће: „[Бентам] идејама приступа као странац и ако оне не задовољавају његов тест корисности, он их одбацује као нејасне генералије. Управо те нејасне генералије садрже неанализирано искуство читаве људске расе [...]“<sup>3</sup> Економска анализа права, тврди

---

\* Аутор је сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду, [nikola.ilic@ius.bg.ac.rs](mailto:nikola.ilic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Guido Calabresi, „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts“, *The Yale Law Journal* 1/1961.

<sup>2</sup> Guido Calabresi, D. Melamed, „Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral“, *The Harvard Law Review* 6/1972.

<sup>3</sup> John Stuart Mill, *Mill on Bentham and Coleridge*, Cambridge University Press, Cambridge 1980, 97–98.

Калабрези, подразумева приступ идентичан Бентамовом. Тај приступ се огледа у објашњавању и унапређењу права помоћу познатих економских теорија и модела. Ако тај приступ не уроди плодом у неким случајевима, то једноставно значи да одређени правни институти не могу адекватно да се објасне помоћу економске науке. Напротив, они који се баве правом и економијом, тврди Калабрези, агностички прихватају стварност. Приступ који је карактеристичан за право и економију подразумева да се у таквим случајевима прво размотри да ли је приступ правника можда био погрешан приликом дефинисања и/или анализе правног института. Ако се установи да је приступ правника био исправан, на другом месту, треба размотрити да ли се у постојећу економску теорију могу унети одређене измене. Тако допуњена и измењена економска теорија не само да би могла да објасни дати правни институт, већ би вероватно могла још боље да објасни и оне институте који су већ били предмет економске анализе.

У преосталих седам поглавља разматрају се питања која су спорна и недовољно објашњена и са правног и са економског становишта. Одговори на та питања, као и последично унапређење и боље повезивање правне и економске науке, несумњиво су део будућности младе научне дисциплине. Ипак, аутору би се с правом могло замерити што будућност права и економије своди на свега седам, додуше, општих и веома битних питања. Основаност изнете замерке додатно поткрепљује чињеница да се већина од тих питања односи на проблеме који се везују искључиво за једну категорију добара, која је у економској литератури позната под називом пожељна добра.<sup>4</sup>

Прво питање, које се разматра већ у другој глави, односи се на пожељна добра, односно на њихову „комодификацију и командификацију“. Комодификација подразумева, у најширем смислу речи, стављање у промет одређених добара и препуштање расподеле тих добара ценовном механизму, док командификација подразумева различите механизме неценовне расподеле. Занимљиво је да се та два метода расподеле добара међусобно не искључују и да се могу комбиновати на различите начине. Након излагања различитих метода расподеле, Калабрези указује на основни проблем – пожељна добра не могу се расподелити ослањањем искључиво на један метод расподеле. Он додаје да економска теорија тренутно нема адекватно решење за расподелу пожељних добара, као што и правници нису у стању да предложи одговарајући правни оквир. Као пример тих добара, Калабрези наводи људске органе. Органе за трансплантацију није могуће расподелити употребом искључиво ценовне расподеле,

<sup>4</sup> Пожељна (позната још и под називом мериторна или обавезна) добра (енг. *merit goods*) могу се дефинисати као добра која се недовољно троше и производе у условима слободног тржишта. Примери тих добара су сигурносни појасеви за аутомобил, обавезно основно образовање и слично.

а основни разлог за то јесу, тврди Калабрези, велики (екстерни) морални трошкови.<sup>5</sup> Због тога, аутор наводи да би решење проблема требало тражити у оптималној комбинацији два метода расподеле добара. Ипак, и поред детаљних објашњења и описа пожељних добара, аутору се могу упутити најмање две замерке. Прво, он не помиње неке од кључних радова који су за предмет имали исти или сличан проблем. На пример, нису поменути теорија игара, као ни допринос нобеловаца Рота (А. Roth) и Шеплија (L. Shapley), који би могли да омогуће ефикаснију расподелу органа у будућности и, самим тим, одговарајући правни оквир. И друго, упитно је да ли су људски органи репрезентативан пример пожељних добара, то јест да ли су морални трошкови у истој или сличној мери изражени и код свих осталих добара у тој категорији. У сваком случају, за велику је похвалу то што је Калабрези указао на значајан правно-економски проблем и дао основне смернице за његово решавање.

Друго питање односи се на економску неједнакост. У одређеним случајевима, наводи Калабрези, тржишна расподела пожељних добара је могућа, али није и пожељна јер се у великој мери ослања на постојећу економску неједнакост. Проблем је представљен помоћу баналног и прилично јасног примера. У случају рата, најсиромашнији грађани постају „примарни извор топовске хране“ јер су они најспремнији да размене своја права за новчану накнаду коју војска нуди.<sup>6</sup> Поставља се и општије питање, да ли би требало дозволити слободну расподелу „политичких добара“, што би значило да ће политичка моћ, по правилу, припасти онима који поседују највише новца. Ипак, читаоци који очекују одговор остаће разочарани. Стиче се утисак да Калабрези покушава да укаже на будуће теме и да постави питања, али не и да на њих одговори. На пример, у књизи се јасно указује на амбивалентност економске неједнакости, међутим, потпуно су изостављени аутори који се баве тим питањем, од Пикетија (Т. Piketty), преко Стиглица (J. Stiglitz) и Еткинсона (А. Atkinson), све до Бранка Милановића (В. Milanovic). Није спорно да у области права и економије тек предстоје истраживања о расподели добара и економској неједнакости; ипак, неспорно је и да су већ постигнути одређени резултати које би требало поменути.

Уместо конкретних одговора на постављена питања о расподели пожељних добара и економској неједнакости, или барем покушаја да се до одговора дође, аутор је четврту главу књиге посветио додатним општим разматрањима. Читаоцима се још једном скреће

<sup>5</sup> Према Калабрезију, (екстерни) морални трошкови постоје када појединац има аверзију према размени одређених добара на тржишту. Као последица постојања тих (екстерних) моралних трошкова, умањује се корисност коју појединац ужива.

<sup>6</sup> Аутор у књизи посебно анализира добровољно учешће у војсци и учешће на основу теретних уговора.

пажња на доступност механизма модификоване (ценовне и неценовне) расподеле и на огроман потенцијал који ти механизми имају у погледу решавања већ описаних проблема. Уз то, као да се тражи ваљано оправдање за конкретне одговоре који недостају, посебно се наводи да су описани механизми много комплекснији него што се то обично претпоставља у постојећим економским моделима и приликом вођења уобичајених расправа у праву и економији. Наглашено је и да класични економски модели уопште немају у виду одређене категорије трошкова, као што су то поменути (екстерни) морални трошкови, због чега економисти нису у стању да изнедре решења за расподелу оних добара код којих су ти трошкови изражени у великој мери. Другим речима, читаоци који би желели да сазнају, на пример, како би требало да изгледа оптимална расподела људских органа или одређених „политичких добара“ мораће те одговоре да потраже у будућности, када дође до даљег развоја права и економије.

У петом поглављу наводе се алтруизам, корисност и непрофитне институције као питања која већ одавно стварају проблеме економској теорији. Посебно је интересантно то што Калабрези не показује ни најмању потребу да дефинише институције, и поред тога што под тим појмом очигледно не подразумева исто што и Норт (D. North).<sup>7</sup> Без било каквог претходног објашњења, *in medias res*, аутор поставља питање да ли су непрофитне институције подједнако ефикасне као и оне чији је основни циљ максимизација профита.<sup>8</sup> Конкретно, да ли је оптималан начин за добијање квалитетног образовања, медицинских и других услуга онај који подразумева лични интерес на страни понуде и максимизацију профита. Што је још битније, разматра се како би могло и требало утицати на укупан број непрофитних институција у једном друштву. У том смислу, аутор наводи Мекејнов (R. McKean) парадокс,<sup>9</sup> који је садржан у једном једноставном питању: „Колико бих морао да ти понудим да би ме волео због тога што јесам, потпуно независно од ове понуде?“ Јасно је да чист тржишни приступ, то јест ценовна расподела, није адекватно решење за већи број непрофитних институција у једном друштву, као што то није и искључиво ослањање на неценовне механизме расподеле. Аутор закључује да се у поменутом случају симпатије можда

<sup>7</sup> Норт дефинише институције као правила игре, то јест као „људски осмишљена ограничења која обликују интеракцију између људи“. Вид. Douglas North, „Institutions“, *The Journal of Economic Perspectives* 1/1991.

<sup>8</sup> На основу питања које поставља, може се закључити да Калабрези под институцијама подразумева установе. Детаљније о разлици између институција, схваћених као правила игре, и установа, у смислу тела надлежних за примену тих правила игре, вид. Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, ЈП Службени гласник, Београд 2011.

<sup>9</sup> Ronald McKean, „Economics of Trust, Altruism, and Corporate Responsibility“, *Altruism, Morality, and Economic Theory* (ed. E. Phelps), New York 1975.

не могу добити новцем, али да се то ипак може учинити „пригодним поклоном“, алудирајући поново на оптималну комбинацију ценовне и неценовне расподеле.

Сучељавање ценовног и неценовног метода расподеле добра додатно се разматра у шестој глави, у контексту одговорности за штету. Калабрези наводи да износ накнаде одражава апроксимацију тржишне цене, односно указује на то колико оштећени вреднује дато добро и по којој цени би био спреман да изврши размену. Наравно, како размена углавном није добровољна у случају накнаде штете, јавља се доминантно неценовна расподела. Доминантно, јер је у питању неценовна расподела која подразумева ослањање на ценовну, кроз претпостављање тржишне цене. Ипак, Калабрези истиче да одређивање накнаде не мора увек да одражава тржишну цену. У одређеним случајевима, као што је то казнена накнада, накнада нематеријалне штете или експропријација, тежи се остваривању „социодемократских“ циљева. То је основни разлог зашто се, на пример, нематеријална штета обично досуђује у мањем износу него што је оштећеном заиста умањена корисност. Један од наведених циљева је и решавање проблема моралног хазарда јер би досуђивањем велике новчане накнаде био повећан број судских поступака, а могућност досуђивања изразито великих накнада учинила би да нематеријална штета буде још већа. Због тога би, у свим наведеним примерима (казнена накнада, нематеријална штета и експропријација) требало дати више простора неценовној расподели него ценовној. Наравно, у сва три случаја, оптимална сразмера два метода била би другачија, што аутор вешто користи да поткрепи раније изнету тврдњу да је реч о веома сложеним питањима, која ће тек бити предмет детаљније анализе у праву и економији.

У последње два главе, Калабрези пише о укусима и вредностима. Могло би се рећи да аутор указује на основне претпоставке економске теорије и подстиче на модификовање и унапређивање општеприхваћених економских модела. Он тако указује на чињеницу да економисти могу прецизно да предвиде многе ствари, укључујући понашање потрошача и оптимум у потрошњи. Међутим, у том поступку, полази се од датих (претпостављених) укуса и вредности, тј. преференција. *De gustibus non est disputandum* је, наводи Калабрези, вероисповест у економији. Основни проблем који се јавља приликом игнорисања, тачније, претпостављања укуса и вредности, јесу (екстерни) морални трошкови који се на тај начин занемарују. Занимљиво, мада Калабрези то не помиње, сличан „атак“ на економске моделе већ је извршен у погледу претпоставке рационалности. Као резултат тога настала је бихевиористичка економска анализа, потпуно нова научна област која је битно допринела даљем унапређењу многих економских модела. Могло би се претпоставити

да Калабрези покушава нешто слично, с тим што, наравно, не очекује настанак нове дисциплине већ даље унапређење права и економије.

На крају, нема сумње да је Калабрези светски признат правник и да је поставио темеље научне дисциплине – право и економија. Ипак, да би се разговарало о будућности, требало би, барем укратко, размотрити и садашњост. То је оно што највише недостаје, а што би читаоци, ако је судити по наслову, основано могли да очекују. Можда Калабрези полази од претпоставке да читаоци његове књиге већ поседују одређена знања, можда је плански усмерио пажњу на мањи број општих питања, али све то не умањује поменути недостатак. Уз то, на основу примера које користи и питања која поставља, може се закључити да аутор тежи филозофском и чисто теоријском приступу, па се може стећи и погрешан утисак да у будућности права и економије неће бити емпиријских истраживања. Због свега поменутог, делује да књига није писана по укусу оних читалаца који захтевају конкретне одговоре и емпиријске налазе. Ипак, књигу би свакако требало прочитати јер о укусима (не) би требало расправљати.

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА  
У БЕОГРАДУ У 2017. ГОДИНИ

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 23. јануара 2017. године, донело је одлуку о избору:

МИЛОША ВУКОТИЋА, мс. права у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Наследно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 7. фебруара 2017. године, донело је одлуку о избору др ЛЈУБИНКЕ КОВАЧЕВИЋ, доцента, у звање ванредног професора за Радноправну ужу научну област – предмети Радно право и Међународно јавно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 7. фебруара 2017. године, донело је одлуку о избору др СВЕТИСЛАВА ЈАНКОВИЋА, асистента, у звање доцента за Пословноправну ужу научну област – предмети Трговинско право и Саобраћајно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 27. фебруара 2017. године, донело је одлуку о избору:

БОЈАНЕ ТОДОРОВИЋ, мс. права у звање сарадника у настави за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право.

Сенат Универзитета у Београду, на седници од 12. априла 2017. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 28. фебруара 2017. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 29. марта 2017. године, донео је одлуку о избору др ДОБРОСАВА МИЛОВАНОВИЋА, ванредног професора, у звање редовног професора за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право.



Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 30. маја 2017. године, донело је одлуку о избору др ДАЛИБОРА ЂУКИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Правна историја – предмет Црквено право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 29. маја 2017. године, донело је одлуку о избору:

НИКОЛЕ ИЛИЋА, мс. права, у звање сарадника у настави за ужу научну област Економија и право (Економска анализа права) – предмет Основи економије.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 4. јула 2017. године, донело је одлуку о избору др МИРЈАНЕ РАДОВИЋ, доцента, у звање ванредног професора за Пословноправну ужу научну област – предмети Трговинско право и Берзанско право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 4. јула 2017. године, донело је одлуку о избору др МИРЈАНЕ ДРЕНОВАК ИВАНОВИЋ, доцента, у звање ванредног професора за Пословноправну ужу научну област – предмет Еколошко право и Правна информатика (вештина).

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 4. јула 2017. године, донело је одлуку о избору др ДУШАНА РАКИТИЋА у звање доцента за ужу научну област Правна историја – предмет Српска правна историја.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 25. септембра 2017. године, донело је одлуку о избору:

МАШЕ МИШКОВИЋ, мс. права, у звање сарадника у настави за Пословноправну ужу научну област – предмет Трговинско право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 25. септембра 2017. године, донело је одлуку о избору:

НОВАКА ВУЈИЧИЋА, мс. права, у звање сарадника у настави за Пословноправну ужу научну област – предмет Право интелектуалне својине.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 10. октобра 2017. године, донело је одлуку о избору др МАРКА ЂУРЂЕВИЋА, ванредног професора, поново у звање ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 10. октобра 2017. године, донело је одлуку о избору др НЕНАДА ТЕШИЋА, доцента, поново у звање доцента

за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 10. октобра 2017. године, донело је одлуку о избору др МИЛЕНЕ ЂОРЂЕВИЋ, доцента, поново у звање доцента за Пословноправну ужу научну област – предмети Међународно трговинско право и Арбитражно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 30. октобра 2017. године, донело је одлуку о избору:

ЂОРЂА МАРКОВИЋА, сарадника у настави у звање асистента за Уставноправну ужу научну област – предмет Уставно право.

Веће научних области друштвено-хуманистичких наука Универзитета у Београду, на седници од 31. октобра 2017. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 25. септембра 2017. године, донело је одлуку о избору СИЛВАНЕ ПОПОВИЋ, наставника страног језика, у звање наставника страног језика за наставни предмет Страни језик правне струке – енглески, ужа научна област којој предмет припада: Страни језик – енглески.

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на <http://ojs.ius.bg.ac.rs/>.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman 12*.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездicom, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт *Times New Roman 11*. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италић словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

*Анали Правног факултета* излазе квартално – три домаћа издања и једно међународно (број 4) и то крајем марта, јуна, септембра и децембра. Рокови за пријаву радова су 31. јануар за први број, 30. април за други број, 31. јул за трећи број и 31. октобар за четврти (међународни) број.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994<sup>3</sup>).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

**2. Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3/1995, 65.

**3.** Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

**4.** Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова а, б, с, д, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са знаком „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12 итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис  
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of  
Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal  
and Social Sciences / главни уредник Мирко Васиљевић. –  
[Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни  
факултет, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm  
Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику  
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног  
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –  
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду  
COBISS.SR-ID 6016514