
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 81 | ГОДИНА LVII | 2018

**COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ**

№ 81 | YEAR LVII | 2018

НИШ, 2018.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2018.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Николић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Мирослав Лазић
Проф. др Марина Димитријевић
Проф. др Небојша Раичевић
Доц. др Душица Миладиновић
Стефановић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија
Проф. др Иванова Светлана Анатољевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија
Груцина Людмила Јурјевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Анатолиј Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине
Проф. др Шагиева Розалина Василјевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

Секретар Редакционог одбора: Доц. др Милош Прица
Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: Медивест Ниш, **Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу
под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern
European Online Library – CEEOL.

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
NIŠ, 2018

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Saša Knežević, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members
(Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Miroslav Lazić
Prof. dr Marina Dimitrijević
Prof. dr Nebojša Raičević
Doc. dr Dušica Miladinović
Stefanović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA
Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board: Miloš Prica, LL.D.

Proofreading and Translation (summaries): Gordana Ignjatović (English)

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medivest Niš, **Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

Г ЧЛАНЦИ / ARTICLES

Др Дарко Симовић

Интернационализација уставног права – пример
Републике Србије 15

*Internationalization of Constitutional Law:
The Example of the Republic of Serbia*

Др Мирослав Лазић

Новине у Закону о становању и одржавању зграда
Републике Србије – између реалности и европских
стандарда 31

*Novelties in the Serbian Housing and Building Maintenance
Act: Current issues and European standards*

Др Ђорђе Л. Николић

Гаранција и неке контроверзе у вези са уређењем
гаранције у актуелном српском праву..... 51

*Guarantee and some Controversies Regarding the
Regulation of the Guarantee in the current Serbian Law*

Др Срђан Голубовић

Правни основ одговорности Народне Банке Србије за
очување монетарне и финансијске стабилности 69

*The Legal Basis of the National Bank of Serbia's Responsibility
for Preserving Monetary and Financial Stability*

Др Предраг Цветковић

Право и теорија игара: пример права Светске трговинске
организације..... 83

*Game Theory and Law: The Example of the
World Trade Organization Law*

Др Марина Димитријевић Релевантна обележја савременог јавног финансирања....	103
<i>Relevant Features of Contemporary Public Financing</i>	
Др Михајло Цветковић Новчане обавезе и криптовалуте.....	119
<i>Financial Obligations and Cryptocurrencies</i>	
Др Милена Јовановић Zattila Управљање банкарским ризиком	139
<i>Risk Management in Banking</i>	
Dr Dejan Bodul Двије године примјене Закона о стећају потрошача: parturient montes, nascetur ridiculus mus	151
<i>Two years of Consumer Bankruptcy Act Application: Parturient montes, nascetur ridiculus mus.</i>	
Dr Damir Juras, Mr Senija Ledić Особно увјетовани отказ у законодавству и пракси Републике Хрватске.....	171
<i>Personally Caused Notice to Quit in the Legislation and Practice of the Republic of Croatia</i>	
Др Милан Рапајић, Др Предраг Димитријевић Правна природа Народне Банке Србије у својству вршиоца управе (централно банкарство, положај и правни карактер Народне банке)	187
<i>Legal Nature of the National Bank in the Capacity of the Administrator (Central Banking, Position and Legal character of the National Bank)</i>	
Др Марко Димитријевић Електронски новац у савременом монетарном праву.....	221
<i>Electronic Money in Contemporary Monetary Law</i>	

Др Зоран Васиљевић

Посљедице недозвољене конкуренције
привредном друштву 237

Consequences of Unauthorized Competition to the Company

Др Игор Камбовски

Закон о електронској трговини – десет година касније ... 259

The Law on Electronic Commerce - Ten years later

Др Ангел Ристов

О потреби регулисања писменог завештања пред
сведоцима у македонском наследном праву 269

*On the Necessity for regulating the Written Will before
Witnesses in the Macedonian Inheritance Law*

Др Марија Амповска

Накнада штете у случају професионалне одговорности у
правним професијама у складу са прописима Републике
Македоније..... 283

*Compensation of Damage in Case of Professional Liability in
Legal Professions under the Law of the Republic of Macedonia*

Др Ивана Симоновић

Конкурвенција захтева за надокнаду штете и захтева из
неоснованог обогаћења у случају неовлашћене употребе
туђе ствари или туђега права у своју корист 303

*Concurrence of actions between the Law of Tort
and the Law of Unjustified Enrichment in cases of
Unauthorized Use of Another's Subjective Right*

Др Наташа Стојановић

Одговорност за штету коју животиња проузрокује према
Преднацрту грађанског законика Републике Србије 321

Liability for Damage caused by Animals

Др Срђан Радуловић

(Не)потребно увођење breed-specific регулативе 349

(Un)necessary Implementation of Breed-specific Legislation

Др Милица Панић	
Уговорна одговорност за штету	363
<i>Contractual Liability for Damage</i>	
Милица Вучковић	
Право својине и заштита животне средине	381
<i>The Ownership Right and Protection of the Environment</i>	
Мр Тијана Баћовић	
Разлози за опозив уговора о поклону према Нацрту закона о облигационим односима Ф БИХ/РС.....	399
<i>Reasons for Cancellation of the Gift Agreement according to the Draft Act on Obligation Relations of F BiH/RS</i>	
Др Гордана Дамјановић	
(Не)патентирање производа клонирања	419
<i>(Non)Patenting of the Cloning Products</i>	

II САОПШТЕЊА СА ОКРУГЛОГ СТОЛА/ ROUND-TABLE COMMUNICATIONS

Др Маријана Пајванчић	
Конституционализација права на предузетништво и са њим повезаних права.....	439
<i>Constitutionalization of the Right to Entrepreneurship and Related Rights</i>	
Др Драган Батавељић	
Актуелна уставна реформа у Србији, с посебним освртом на судску власт.....	461
<i>The current Constitutional Reform in Serbia, with Reference to the Legislative Power</i>	

**III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ
СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS**

Стефан Стојановић

Црквени суд у Душановом Законику..... 487

The Church Court in Dušan's Code

Списак резензената у 2018. години..... 497

Упутство за ауторе..... 501

Guidelines for Authors..... 503

Уводна реч

С обзиром да је ово четврти број часописа у 2018. години, редакција има задовољство да потврди најављену промену динамике публикавања која ће бити задржана и у наредним годинама тромесечним излагањем редовних бројева. У редовном броју Зборника радова Правног факултета у Нишу 81/2018 можете, између осталог, прочитати радове који се баве темама и анализама из грађанске, трговинске и правно-економске уже научне области, а који су представљени на Међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба» одржаној на Правном факултету у Нишу. Поред тога, скрећемо пажњу на актуелне теме из правног живота Србије о којима се расправља у два саопштења са Округлог стола „Уставни процеси у региону“ (Правни факултет Ниш).

Ниш, децембар 2018.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирина Пејић

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

Bearing in mind that this issue of the Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (81/2018) is the fourth issue of our scientific journal in the year 2018, the Editorial staff is pleased to confirm the announced change in the publication dynamics, which will be pursued in the forthcoming years by periodic publication of regular journal issues in three-month intervals. This regular issue of the Law Faculty journal (81/2018) comprises scientific papers addressing a range of subject-specific legal issues in the areas of civil law, commercial law, and law and economics. These papers were presented at the International Scientific Conference "Law in the context of addressing the Challenges of the Contemporary World", held at the Faculty of Law, University of Niš. In addition, we can recommend to your attention two communications presenting the current issues in Serbian legal practice discussed at the Round-table "Constitutional Processes in the Region", held at the Law Faculty, University of Niš.

Niš, December 2018.

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

I ЧЛАНЦИ

Др Дарко Симовић,*

Редовни професор

Криминалистичко-полицијски Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

doi:10.5937/zrpfni1881015S

UDK: 342(497.11)

Рад примљен: 10.07.2018.

Рад прихваћен: 16.09.2018.

ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗАЦИЈА УСТАВНОГ ПРАВА – ПРИМЕР РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: Уставно право је у процесу све интензивнијег интернационализовања. Упоредо са процесом интернационализације уставног права одвија се процес конституционализације међународног права. Реч је о терминима који још увек немају јасно одређено значење, а додатној конфузији доприноси и појава нових термина који означавају сличне процесе, али не и истоветне са процесом интернационализације уставног права (на пример, глобализација уставног права). Отуда овај рад има за циљ да допринесе разумевању савремених трендова у развоју уставног права и да укаже на разлике између актуелних процеса који се упоредо одвијају у сфери уставног права. Уједно, у раду се указује на процесе нормативног и фактичког интернационализовања уставног права Републике Србије.

Кључне речи: устав, конституционализам, интернационализација, глобализација, међународно право, људска права.

1. Увод

Премда није потпуно нов феномен, развојна фаза у којој се налази уставно право именована је почетком XXI века (Chang, Yeh, 2012: 1166). Реч је о процесу интернационализације уставног права (Schwartz, 2003: 10). Овај израз нема прецизну садржину и користи се у различитом значењу. Поред интернационализације уставног права у савременој теорији, са сличним значењем користе се и следећи термини: светски конституционализам, глобални конституционализам и транснационални конституционализам (Chang, Yeh, 2012: 1166). Додатни проблем, који унеколико усложњава

* darko.simovic@kpa.edu.rs

** Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045).

настојање да се идентификује садржина овог појма, јесте у томе што се упоредо са процесом интернационализације уставног права одвија и процес конституционализације међународног права. Несумњиво, реч је о неодвојивим и међузависним процесима и у мери у којој се уставно право интернационализује, утолико се међународно право конституционализује.

Процес интернационализације уставног права, разуме се, у рудиментарном облику, започео је са процесом настанка међународног права. У основи, међународно право настаје на одрицању држава од дела свог суверенитета, будући да оне учествују у процесу установљавања наднационалних норми, којима се уређује њихово понашање, како у међусобним односима држава, тако и унутар националних правних система (Šurlan, 2017: 167). Међутим, све интензивнији развој међународног права је наговестио могућност развијања глобалног конституционализма. Мада је још увек више реч о идеји, која је до својих крајњих консеквенци неспроводива у пракси, глобални конституционализам подразумева примену уставних принципа у међународноправном поретку ради унапређивања његове ефикасности и правичности (Peters, 2009: 397). Основни бенефит од конституционализације међународног права је спречавање неконтролисаних „деформализација“ међународног права (Peters, 2009: 409). Отуда потреба за конституционализовањем међународног права почива на мотиву његовог оснаживања као делотворног нормативног поретка. Процес конституционализације међународног права подстиче и подржава већ значајно одмакао процес глобализације уставног права.

Овај рад има за циљ да допринесе разумевању савремених трендова у развоју уставног права и да укаже на разлике између постојећих процеса који се упоредо одвијају. Уједно, у раду ће бити указано и на процесе нормативног и фактичког интернационализовања уставног права Републике Србије.

2. Интернационализација и глобализација уставног права

Имајући у виду да се значење ових израза често поистовећује, најпре треба апострофирати разлику између глобализације и интернационализације уставног права. Глобализација уставног права се односи на глобално ширење одређених, готово универзално прихваћених, уставних вредности и права, која за последицу има уједначавање садржине националних устава (Chen, 2009: 2). Глобализација уставног права је неизбежан процес, како у сфери структуре уставног система, тако и на пољу заштите људских права (Tushnet, 2009: 987). Последњи квартал XX века је донео тријумф либералног конституционализма. Упоредноправно посматрано,

очигледно је подударање уставних принципа на највишем нивоу општости: демократија, владавина права, подела власти, независност судства, заштита људских права и конституционализам, укључујући постојање механизма контроле уставности (Saunders, 2014: 399–400). Ипак, тренд глобализације уставног права није нов. Још од доношења првих писаних устава, установљени институционални аранжмани служили су као узорни модели за државе којима је тек предстојао процес конституционализације. Ниједан устав није настао у вакууму без угледања на постојеће моделе (Saunders, 2014: 392). Осим тога, колонијалне силе су наметале своје идеје о политичкој организацији државе. Након стицања независности, бивши колонијални поседи, у основи, задржавају институционални модел конституционализовања државне власти својих метропола.

Има аутора који глобализацију уставног права такође подводе под процес интернационализације уставног права. Међутим, реч је о два паралелна процеса, која се не искључују, али се јасно разликују, премда је њихов развој међусобно условљен. Отуда глобализација уставног права, будући да подразумева уједначавање садржине националних устава, олакшава и подстиче процес интернационализације уставног права. Уопштено исказано, интернационализација уставног права се односи на развој међународног и у одређеним регијама наднационалног права које обавезују државе да примењују норме које се односе на уставну материју (Saunders, 2009: 17). На другачији начин изречено, интернационализација уставног права је процес усвајања од стране националног уставног права заједничке норме чији је извор међународно или регионално, наднационално право (Fombad, 2012: 444). Према томе, за разлику од процеса глобализације уставног права који се одвија спонтано и који бар начелно не нарушава интегритет националних устава, интернационализација уставног права подразумева да норме међународног, наднационалног права допуњују или чак замењују норме националних устава. Такав развој уставног права доводи у питање концепт устава као акта најјаче правне снаге. „Устав више није исто што је био у XIX веку, чак и пре ових светских и европских интеграција држава. Он је престао бити правни Херкулес, какав је у националном правном систему био национални устав. Далеко од тога да је он постао Давид, али је, уместо њега, врх правног система запосео нови Голијат. Тек, данас национални уставотворац нема више потпуно одрешене руке као некад кад одлучује о уставу“ (Марковић, 2017: 264). Све више се афирмише савремена теорија о уставном плурализму, која почива на тези о вишестепености уставног права и прожимању и интеграцији међународног и унутрашњег права. Национални устави данашњице су само део „сложеног уставног система“ допуњени међународним правом

(Peters, 2007: 257). Наличје тог процеса је слабљење националних устава, а такође и демократског принципа, владавине права и социјалне сигурности (Ваџић, 2011: 149). Национални уставни нису више „тотални уставни“ (Ваџић, 2011: 149), јер немају капацитет да у потпуности уреде уставну материју.

За израз интернационализација уставног права се може рећи да је унеколико противречан, јер је основна функција устава да на територији једне државе суверено установи и организује вршење државне власти. Међутим, савремене државе нису суверене у апсолутном значењу тог појма. Оснивањем Организације уједињених нација постављена је јавна власт изнад државе и њене уставотворне власти. Отуда, ерозија традиционалног концепта државности је оставила траг и на дејство и домаћај устава. Имајући у виду да су националне државе изгубиле монопол јавне власти, делећи је са међународним организацијама, национални устав је изгубио капацитет да суверено уреди вршење јавне власти на својој територији (Grimm, 2012: 130). Осим тога, међународно право се састоји и од *ius cogens*, императивних норми које обавезују државе без обзира на то да ли су оне сагласне са њима или не.

3. Фактори интернационализације уставног права

Више фактора је утицало на то да се уставна материја, једним делом, интернационализује. Феномен глобализације, дакле појава глобалних детериторијализованих проблема и појава глобалних мрежа на економском, политичком, правном, научном плану, повећао је глобалну међузависност (Ваџић, 2011: 148–149). Глобални проблеми чине нужним сарадњу држава са међународним организацијама која резултира закључивањем међународних уговора. Отуда, неке од типичних државних функција које су се односиле на јемства безбедности, слободе и једнакости грађана измештају се са националног на регионални или глобални ниво.

Економска глобализација је од посебног значаја за процес глобализације уставног права. Да би светско тржиште делотворно функционисало, неопходно је да претежнији број држава предвиђа бар хармонизована, уколико не и потпуно изједначена, основна правила, као што су поштовање приватне својине и јемства од експропријације, слобода предузетништва, слободно и стабилно тржиште, самосталност привредних субјеката, извесност уговорног односа и могућност његовог принудног извршења, судски механизам заштите права и сл. Глобализовањем уставног права ствара се основна претпоставка и за његово даље интернационализовање установљавањем формалних институционалних аранжмана на наднационалном нивоу.

После Другог светског рата је започет незаустављив процес измештања људских права на међународни ниво. Процес интернационализације људских права је значајно утицао на то да уставни каталози људских права све више наликују једни другима. Реч је о фактичкој интернационализацији, јер уставотворна власт при конституционализовању људских права усваја постојеће међународне стандарде, али се и угледа на репрезентативне примере из упоредног права. Поред фактичке, постоји и нормативна интернационализација људских права. Значајан број устава донетих после Другог светског рата, приближно једна трећина њих, непосредно инкорпорира бар један међународни уговор. Најчешће је то Универзална декларација о људских правима Уједињених нација из 1948. године (Chernykh, Elkins, Ginsburg, 2008: 207). Као пример се може издвојити Устав Босне и Херцеговине који предвиђа непосредну примену Европске конвенције за заштиту људских права, при чему се прокламује њен приоритет у односу на законодавство (члан 2). И у случају одсуства формалног инкорпорисања, међународне правне норме имају посредно дејство у националном јавном праву у судским поступцима (Saunders, 2009: 18). Наиме, при одлучивању у конкретним споровима судије узимају у обзир међународно право у процесу тумачења и примене устава, а у неким државама они су и обавезани на то. Примера ради, Устав Јужноафричке Републике из 1997. године предвиђа да је суд при тумачењу људских права обавезан да размотри међународно право, при чему може размотрити и страно право (члан 39, став 1).

Развијање међународних и регионалних организација за подршку у сфери уставног права охрабрује ширење глобалног искуства на овом пољу (Saunders, 2009: 18). Најпознатија таква организација је Венецијанска комисија (Venice Commission), установљена 1990. године, као саветодавно тело Савета Европе са иницијалним циљем да помогне бившим комунистичким државама у процесу демократске транзиције. Првобитно, она се састојала од 18 држава, а тај број је у међувремену нарастао на 61 државу у њеном саставу. Чињеница да њено чланство не чине само државе Савета Европе, потврђује тезу о процесима глобализације и интернационализације уставног права. Наиме, поред 47 држава чланица Савета Европе, међу члановима Венецијанске комисије су и: САД, Алжир, Тунис, Мароко, Република Кореја, Мексико, Костарика, Чиле, Перу, Бразил итд. Не само да је њен састав више пута увећан, већ је и њена улога квалитативно промењена. Комисија је постала својеврсни стручни консултант за све оне државе које приступају доношењу новог устава или уставној ревизији, као и при доношењу закона којима се уређује уставна материја. Једно од таквих међународних тела са све снажнијим фактичким утицајем је Међународни

институт за демократију и помоћ на изборима (International IDEA), који тренутно у свом саставу има 32 државе са свих континената.

О интернационализацији уставног права, осим у погледу његове садржине, може се говорити и у сфери поступка доношења устава. Наиме, и само вршење уставотворне власти може бити потпуно или у одређеној мери интернационализовано. Прошлост познаје већи број примера интервенисања појединих држава у сувереност друге државе и узурпирања уставотворне власти која резултира наметањем устава. САД, Велика Британија и СССР су државе које су више пута на тај начин повредиле суверено право држава да самостално донесу свој устав (Mauser-Schonberger, 1994: 317–326). Примера ради, иако је јапански устав од 1946. године усвојен уз неформално консултовање и сагласност политичких актера ове државе, овај устав се наводи као парадигматични пример „наметнутог устава“ од стране САД. Ова држава је имала снажан утицај и при усвајању Основног закона Немачке 1949. године.

Интернационализовање уставотворне власти је карактеристично и за конституисање територијалне аутономије у појединим државама (Симовић, Петров, 2014: 364–365). Реч је о аутономији Оландских Острва у Финској, Јужног Тирола у Италији и Хонгконга и Макаоа у Кини. Примера ради, територијална аутономија Оландских Острва, са већинским шведским становништвом, уз посредовање Друштва народа, које је установило одређене принципе о аутономији, гарантована је међународним уговором Финске и Шведске из 1921. године који је предвиђао начине остваривања тих принципа у пракси. Уз те гаранције Оландска Острва су прихватила, иницијално одбијен, Закон о аутономији, који је фински парламент усвојио годину дана раније 1920. године.

На један другачији начин, интернационализација уставотворне власти је посебан замајац добила средином деведесетих година прошлог века када се међународна заједница ангажује у циљу изградње државе и стварања одрживог институционалног оквира у подељеним друштвима. Савремени примери таквог интернационализовања уставотворне власти су: Босна и Херцеговина, Македонија, Источни Тимор, Судан, Авганистан, Ирак и Србија (Косово) (Grewe, Riegner, 2011: 3). Примера ради, најзначајније промене Устава Македоније од 1991. догодиле су се 2001. године „као последица оружаног сукоба који је претходио, а потом и преговора између представника две највеће македонске политичке странке и две политичке странке из албанског политичког блока, под надзором и уз помоћ представника ЕУ и САД“ (Акимовска Малетић, 2017: 60). Још очигледнији је случај Босне и Херцеговине.

Устав Босне и Херцеговине је Анекс 4 међународног мултилатералног уговора, познатог под називом Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини из 1995. године, закључен у Дејтону (САД). У закључењу Дејтонског мировног споразума поред представника међународне заједнице, учествовали су и политички лидери етничких заједница из Босне и Херцеговине, али и представници суседних држава. Непосредан предмет оквирног споразума, али и основни разлог његовог закључивања јесте успостављање и очување мира у овој држави. Међутим, уставно право Босне и Херцеговине није интернационализовано само у поступку доношења устава, већ је интернационализовано и у садржинском смислу, у погледу функционисања уставног система. Будући да није било очекивано да ће уставни систем Босне и Херцеговине моћи самостално и складно да функционише, међународна заједница је задржала значајне надлежности које имају три компоненте: војну (IFOR/SFOR/EUFOR), цивилну (Веће за спровођење мира – РС и Високи представник за БиХ) и компоненту међународне заштите људских права (Šarčević, 2008: 155). Три од девет судија Уставног суда БиХ именује председник Европског суда за људска права, при чему то не могу бити држављани БиХ, нити било које суседне државе (члан 6). Да у сегменту функционисања уставног система Босне и Херцеговине интернационализација није само пука формалност, сведочи чињеница да је Високи представник, осим наметања државних закона, користио своја овлашћења и више пута мењао ентитетске уставе, кантоналне уставе, ентитетске и кантоналне законе, смењивао носиоце јавних функција и предузимао друге мере (Trnka, 2009: 65).

4. Интернационализација уставног права Републике Србије

4.1. Нормативна интернационализација уставног права Републике Србије

Устав Србије од 2006. године је у више својих одредби предвидео примену међународног права. У оквиру начела Устава: „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом“ (члан 16, став 2). Међутим, у оквиру дела посвећеног уставности и законитости (Осми део Устава), уставотворац је изнова уређивао однос између унутрашњег и међународног права. Тако, сагласно члану 194, став 4, „потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом“, а према ставу 6 истог

члана, „закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права“. Поменуте уставне норме уносе забуну јер уставотворац није прецизно и недвосмислено уредио однос између норми међународног и норми унутрашњег права. Поред тога што није јасно зашто се два пута у уставном тексту пише о истој ствари, наведена формулација наводи на закључак да је прихваћен монистички приступ непосредне примене међународног права, али и да општеприхваћена правила међународног права, као и непотврђени уговори не морају бити у складу са Уставом (Šurlan, 2007: 181).

Кад је реч о потврђеним међународним уговорима, и поред неуједначене терминологије и недовољно јасних уставних формулација, они су, по правној снази, испод Устава, а изнад закона (с тим да се и међународни уговори у већини случајева потврђују у форми закона). То се потврђује и начином на који је дефинисана надлежност Уставног суда да врши нормативну контролу права – Уставни суд одлучује о „сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“ (члан 167, став 1, тачка 1) и „сагласности потврђених међународних уговора са Уставом“ (члан 167, став 1, тачка 2).

Израз „општеприхваћена правила међународног права“ који је искористио уставотворац Србије међународно право формалноправно не познаје, те „остаје нејасно на шта се под тим изразом мислило, како ћемо знати која су то међународна правила општеприхваћена, како се и где манифестује општа прихваћеност и ко је властан да то утврди“ (Šurlan, 2007: 182). Реч је о екстензивно постављеној и неодређеној конструкцији која може да изазове проблеме у пракси. Такође, уставотворац Србије није био потпуно јасан ни када је реч о правном рангу општеприхваћених правила међународног права (општепризнатим принципима и правилима међународног права). Постоје три могућа одговора (Симовић, Станковић, Петров, 2018: 80). Према првом одговору, општеприхваћена правила међународног права имају уставни ранг, али Устав остаје највиши извор права, јер он одређује правну снагу других правних норми, па и општеприхваћених правила међународног права. Други одговор је да су општеприхваћена правила међународног права веће правне снаге од Устава с обзиром на начело супрематије међународног права у односу на унутрашње право, које, прећутно, признаје и Устав. Трећи одговор је да Устав прокламује начело еквиварианости међународног и унутрашњег права. Дакле, према правној снази, изједначени су Устав и општеприхваћена правила међународног права. Без обзира на то које становиште прихватили, Устав не даје ослонац за поуздан одговор (Симовић, Станковић, Петров, 2018: 80).

Интернационализација уставног права је посебно изражена у материји људских права. Устав Србије предвиђа да се људска и мањинска права непосредно примењују без обзира на то да ли су зајемчена Уставом или општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима (члан 18). Поред националног механизма заштите, грађани имају право да се обратe међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајемчених Уставом (члан 22).

Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (члан 18, став 3). Изричито је предвиђено да се судске одлуке заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона. Треба нагласити да је израз „важећи међународни стандарди људских и мањинских права“ (члан 18, став 3) шири од појмова „општеприхваћена правила међународног права“ и „потврђени међународни уговори“ (члан 16, став 2), јер се под њим могу подразумевати и међународни уговори које Србија није ратификовала. Реч је о још једној неконзистентности у уставним решењима, која може имати и значајне практичне последице. Наиме, дилема је у следећем, „да ли су институције које одлучују о заштити људских права приликом поступања везане општом уставном одредбом из основних начела Устава, према којој су само потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни део унутрашњег правног поретка и као такви се непосредно примењују, или оквир њиховог деловања дефинише уставна одредба из поглавља о људским и мањинским правима која се експлицитно односи на тумачење људских и мањинских права, а у којој Устав упућује на међународне стандарде људских и мањинских права независно од тога да ли су међународни уговори који их дефинишу ратификовани као и на друге међународне изворе, посебно на праксу међународних институција које надзиру спровођење људских и мањинских права?“ (Пајванчић, 2008: 253).

4.2. Фактичка интернационализација уставног права Републике Србије

Анализирајући Устав Србије од 2006. године, Венецијанска комисија је у свом мишљењу изнела низ примедби на уставни оквир правосуђа.¹ Због таквих

1 Venice Commission, *Opinion on the Constitution of Serbia* (Venice 19 March 2007), CDL-AD(2007)004.

негативних оцена, Акциони план за поглавље 23 у процесу приступања Србије Европској унији предвидео је спровођење уставних промена које треба да унапреде институционална јемства независности судства², при чему је наведено да ће предлог уставних промена бити упућен на мишљење Венецијанској комисији. У новембру 2017. године Министарство правде Републике Србије је затражило помоћ од Венецијанске комисије при изради амандмана који се односе на уставну реформу правосуђа. Након израде друге верзије нацрта уставних амандмана министарка правде Републике Србије се 13. априла 2018. године обратила са захтевом Венецијанској комисији да усвоји мишљење о предложеним решењима. Венецијанска комисија је то и учинила,³ а примедбе које су изнете у њеном мишљењу послужиле су за кориговање нацрта уставних амандмана. Дакле, уставотворни поступак се усложњава, а позитивно мишљење Венецијанске комисије, као неформална фаза уставотворног поступка, постаје услов за спровођење уставне реформе. Отуда, европски интеграциони процес не само да намеће нужност уставних промена, већ уједно одређује и њихову садржину.

Уставно право Србије је интернационализовано и када је реч о једном делу њене територије. Наиме, након тзв. хуманитарне интервенције НАТО пакта, која по свим обележјима има одлике агресије, Аутономна Покрајина Косово и Метохија је издвојена из правног поретка Србије. На њеној територији није конституисана суштинска аутономија, онако како је то предвидео Устав Србије (Петров, 2017; Орловић, 2017), већ је овај ентитет прогласио независност и донео сопствени Устав 2008. године. Уз посредовање Европске уније ради нормализовања односа између Србије и тзв. Републике Косово, закључен је Бриселски споразум, тј. „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“ (*First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations*) 19. априла 2013. године. Бриселски споразум нема својства устава у формалном смислу, али овај акт дубоко задире у уставну материју, уређујући је на дијаметрално супротан начин од Устава Србије. Наиме, од уставноправне прокламације да Косово и Метохија ужива суштинску аутономију у Србији, Бриселски споразум се задржава на обезбеђивању институционалних механизма заштите српске мањине у тзв. Републици Косово. Дакле, без обзира на то што се, посматрано из међународноправне визуре, Косову не признаје својство суверене и независне државе, уставноправно посматрано, Бриселским

2 Акциони план за Пoglavlje 23 – Nactr, septembar 2015: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023%20Treci%20nactr-%20Konacna%20verzija1.pdf>

3 Venice Commission, *Opinion on the draft amendments to the constitutional provisions on the judiciary* (Strasbourg, 25 June 2018), CDL-AD(2018)011.

споразумом се омогућава заокруживање уставноправног поретка Косова, проширивањем његове суверености на север територије на коме до тада није остваривао пуну фактичку власт.

5. Уместо закључка

Не деле сви исти ентузијазам када је реч о перспективама развоја процеса интернационализације уставног права. С једне стране, говори се о томе да је све јединственијем светском друштву потребан „светски устав“ (*world wide constitution*) којим би се преузело управљање и одговорност за просперитет читаве људске расе (Allot, 2002). Но, с друге се истиче да је глобални конституционализам недостижна идеја и „папирнати тигар“ (Peters, 2009: 401). Посебно се критикује недостатак демократског легитимитета измештања појединих сегмената уставног права на наднационални ниво, јер уставно право више није дело суверене власти.

Уколико, напослетку, треба дати неку општу оцену о процесу интернационализације уставног права, иако значајно одмакао, овај процес није ни приближно заокружен и довршен. Емпиријски показатељи не потврђују глобални тренд конституционализације (Peters, 2009: 401). Интернационализовање уставног права је фрагментарно, још увек далеко од довршеног процеса када је реч о људским правима, а готово неоствариво када је реч о институционалним одликама устава (Jackson, 2001: 272). Истовремено, национални механизми заштите људских права не губе на значају. Они су примарни у арсеналу механизма заштите људских права. Државе су те које иницијално, а неминовно мора тако и остати, пружају заштиту људским правима. Међународно право људских права и уставно право људских права не треба посматрати као ривалске нормативне поретке који се међусобно искључују. Њихов однос није заснован на конфликту, већ на комплементарности (Valears, 2016: 266). Међународни механизам заштите људских права је супсидијарног карактера и активира се само у случајевима неделотворности националног механизма.

Према становишту Венецијанске комисије, „садржина основних права је уставна материја *par excellence*“⁴. Без обзира на све развијеније међународне механизме заштите људских права, Венецијанска комисија је гледишта да је сасвим разумљиво да грађани једне државе желе да имају свој каталог људских права који ће одржавати консензус у оквиру њихове

4 Venice Commission, *Opinion on the new Constitution of Hungary* (Venice, 17–18 June 2011), CDL-AD(2011)016.

државе.⁵ Није реч само о симболичној улози каталога људских права, будући да конституционализовање људских права има и практични значај њиховог позиционирања у (непосредну) надлежност Уставног суда. Међутим, Венецијанска комисија је недвосмислено апострофирала да национални устав не сме да противречи међународним конвенцијама о људским правима (Valears, 2016: 289–290). Уставотворци треба да обезбеде да национални ниво заштите људских права није испод међународних стандарда, а државе се охрабрују да предвиде виши ниво заштите људских права у својим уставима.⁶

Отуда, закључимо, не треба тежити стварању глобалне, централизоване владе, јер је илузија да је тако нешто могуће, већ треба настојати да се конституционализује глобална, полицентрична и вишестепена управа која омогућава остваривање традиционалних вредности конституционализма (Peters, 2009: 404).

Литература/References

Акимовска Малетић, И. (2017). Уставне промене у Македонији – више од две деценије. *Наука, безбедност, полиција*. 3. 47–66.

Allot, P. (2002). *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*. Cambridge University Press.

Bačić, A. (2011). Promjene Ustava RH (2010) i tendencije kompenzatornog konstitucionalizma. *Rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti*. 510=48. 141–164.

Chang, W-C., Yeh, J-r. Internationalization of Constitutional Law. U: M. Rosenfeld, A. Sajo (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 1165–1184.

Chen, Albert H. Y. (2009). *International Human Rights Law and Domestic Constitutional Law: Internationalisation of Constitutional Law in Hong Kong*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1527076/> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1527076/>.

Chernykh, S., Elkins, Z., Ginsburg, T. (2008). Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law. *Illinois Law Review*. 1. 201–237.

5 Venice Commission, *Preliminary opinion on the draft amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina* (Venice, 7 April 2006), CDL(2006)027.

6 Venice Commission, *Opinion on the new Constitution of Finland* (Venice, 14–15 March 2008), CDL-AD(2008)010.

Fombad, C. (2012). Internationalization of Constitutional Law and Constitutionalism in Africa. *The American Journal of Comparative Law*. 60. 439–473.

Grewe, C., Riegner, M. (2011). Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies: Bosnia – Herzegovina and Kosovo Compared. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 15.

Grimm, D. (2012). Types of Constitutions. U: M. Rosenfeld, A. Sajo (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 98–132.

Jackson, V. (2001). Narratives of Federalism: of Continuities and Comparative Constitutional Experience, *Duke Law Journal*. 51. 223–287.

Марковић, Р. (2017). Ка будућем уставу Србије. *Српска политичка мисао, посебно издање*. 263–271.

Mayer-Schonberger, V. (1994). Into the Heart of the State: Intervention through Constitution-Making. *Temple International and Comparative Law Journal*. 8. 315–334.

Орловић, С. (2017). Посебан закон за Космет. *Наука, безбедност, полиција*. 2. 103–105.

Пајванчић, М. (2008). Контрoверзе уставног оквира заштите људских права. У: З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш: Правни факултет.

Peters, A. (2009). The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16. 397–411.

Peters, A. (2007). The Globalization of State Constitutions. U: J. Nijman, A. Nollkaemper (eds.). *New Perspectives on the Divide between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press. 251–308.

Петров, В. (2017). Косово и Метохија данас – неколико уставноправних сценарија. *Наука, безбедност, полиција*. 2. 99–102.

Saunders, C. (2014). The Impact of Internationalisation on National Constitutions. U: A. Chen (ed.). *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. Cambridge University Press. 391–415.

Saunders, C. (2009). Towards a Global Constitutional Gene Pool, *National Taiwan University Law Review*, 4.1–38.

Schwartz, H. (2003). The Internationalization of Constitutional Law. *Human Rights Brief*. 10. 10–12.

Симовић, Д., Станковић, М., Петров, В. (2018). *Људска права*. Београд: Правни факултет у Београду.

Симовић, Д., Петров, В. (2014). *Уставно право*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Šarčević, E. (2008). Dejtonski ustav: karakteristike i problem. *STATUS Magazin za političku kulturu i društvena pitanja*. 13. 153–168.

Šurlan, T. (2017). Revizija Ustava Republike Srbije u svetlosti internacionalizacije ustavnog prava. U: E. Šarčević, D. Simović (ur.). *Reviziona vlast u Srbiji*. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.

Trnka, K. (2009). Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine. *Revus*. 11. 45–71.

Tushnet, M. (2009). The Inevitable Globalization of Constitutional Law, *Virginia Journal of International Law*. 49. 985–1006.

Valears, J. (2016). Constitutional Versus International Protection of Human Rights: Added Value or Redundancy? The Belgian Case, in the light of the Advisory Practice of the Venice Commission. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*. 77. 265–295.

Darko Simović, LL.D.

Full Professor,

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

**INTERNATIONALIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW:
THE EXAMPLE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Constitutional Law is in the process of increasingly intensified internationalization. The process of internationalization of constitutional law is accompanied by the process of constitutionalization of international law. The two processes involve terminology whose meaning is yet to be clearly defined. The ensuing confusion has been further compounded by the emergence of new terms referring to a process similar to but not the same as the process of internationalization of constitutional law (for example, the globalization of constitutional law). Hence, this paper aims to contribute to the understanding and clarification of modern trends in the development of constitutional law and to point out the differences between the existing processes that are simultaneously taking place in the sphere of constitutional law. At the same time, the paper will also discuss the process of normative and factual internationalization of constitutional law of the Republic of Serbia.

Keywords: *constitution, constitutionalism, internationalization, globalization, international law, human rights.*

Др Мирослав Лазих,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881031L

UDK: 351.778.5(497.11)
Рад примљен: 25.09.2018.
Рад прихваћен: 25.10.2018.

НОВИНЕ У ЗАКОНУ О СТАНОВАЊУ И ОДРЖАВАЊУ ЗГРАДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ИЗМЕЂУ РЕАЛНОСТИ И ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА**

Апстракт: У раду је разматрана проблематика становања у стамбеним зградама посебно с аспекта одржавања зграда, текућег и инвестиционог, и управљања зградом. У раду се разматрају новине у погледу регулисања статуса зграде и управљања зградом, као и новине у погледу одржавања стамбених зграда и одговорности стамбене заједнице за штету насталу од зграда. Свакако, размотрићемо и питања у погледу улоге локалне самоуправе по новом ЗСО.

Кључне речи: Стамбени фонд, статус зграда, одржавање, извори финансирања.

* lazic@prafak.ni.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Право на стан гарантовано је још Универзалном декларацијом о људским правима из 1948, у којој је наведено да свако "има право на стандард живота који обезбеђује здравље и благостање, његово и његове породице, укључујући и ... стан..."¹ Ипак, право на одговарајући стан је најпотпуније признато тек чл. 11 ст. 1 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966².

Својина на становима је одувек била предмет бројних ограничења овлашћења власника, како због суседа и заједничких делова зграде, тако и због специфичности организације станара и својства зграде као правног лица. „Ustanova etažnog vlasništva uređuje pravnu vezu između posebnog dijela zgrade (nekretnine) i zajedničkih dijelova, a primarno pravnu vezu zgrade prema građevinskoj čestici... Zajednički dijelovi zgrade i građevinska čestica su objekat prava suvlasništva, odnosno zajedničkog prava vlasništva ili trajnog prava korištenja, ovisno od prirode vlasništva na ove nekretnine.” (Simonetti, 2001:144, 148).

Посебан, али веома важан сегмент стамбене проблематике је питање својинског режима на грађевинском земљишту. „Zašto je zemljište glavna stvar u odnosu na sve pokretne stvari koje se s njome trajno spoje... Čini se da je najtočniji odgovor: pravna sigurnost, a ona je bitna pretpostavka pravnog prometa... Zemljište je djelo prirode, a sve naprave na njegovoj površini ili ispod nje – ljudske su tvorevine. Zemlja dakle ostaje a ljudske tvorevine se podižu i ruše. Identitet zemljišta ostaje i nakon građenja i rušenja. Zemljište ne propada, ali i kada propadne (bujice, potapanje itd.) sa njim propadaju i zgrade... Fundamentalna razlika između rimskog načela superficies solo cedit i načela pravnog jedinstva zemljišta i zgrada u suvremenom pravu je u tome što je danas dopuštena horizontalna dioba nekretnine; odvajanje zemljišta i zgrade, kao i podjela same zgrade po katovima (etažna svojina).“ (Simonetti, 2001: 171, 181).

Законом о планирању и изградњи Републике Србије³ (даље: ЗПИ), је уређено да грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине и може бити предмет правног промета. Планским документом којим се одређује грађевинско земљиште не може се променити облик својине на

1 Члан 25 Универзалне декларације, усвојене и проглашене резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948.

2 "Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори", бр 7/1971 и "Сл. лист СРЈ - Међународни уговори", бр. 4/2001.

3 Закон о планирању и изградњи, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2009, 81/2009 – испр, 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014 и 145/2014.

том земљишту, већ само намена⁴. Законом је омогућено успостављање јединства непокретности – катастарке парцеле и објекта изграђеног на грађевинском земљишту као јединственог предмета права својине - конверзијом права коришћења на градском грађевинском земљишту у приватну својину, односно сусвојину. Конверзија је довела до стицања, поред јавне својине, индивидуалне својине и сусвојине на грађевинском земљишту (Лазић, 2017: 353).

Бројни проблеми у стамбеној области нису могли бити разрешени постојећим законодавством, поред осталог и зато што је стамбена материја била регулисана већим бројем закона неусаглашеним са међународним стандардима. Поред тога, нарасла проблематика одржавања и функционисања стамбеног фонда, са осиромашеним становништвом као резултатом друштвене трансформације из социјализма ка капитализму, односно из права коришћења у право својине на стамбеним зградама, захтевала је реформу прописа о одржавању и управљању зградама и усаглашавање прописа у овој области са стандардима ЕУ. Притом, изостала је анализа да ли то наши власници станова и зграда могу финансијски да поднесу.

Нови Закон о становању и одржавању зграда Републике Србије⁵ (даље: ЗСО) је регулисао материју садржану у три различита прописа који су престали да важе,⁶ укључујући и социјално становање (Крстић, 2013, 92) које није тема нашег детаљнијег разматрања.

Кључне новине ЗСО којима ћемо се бавити у овом раду, су новине у погледу статуса зграде и управљања зградом (1) и новине у погледу одржавања

4 Чл. 87. ЗРП.

5 «Сл. гласник РС», бр. 104/2016. У образложењу Предлога новог ЗСО, Влада исправно идентификује лоше стање у ком се налази стамбени фонд Републике Србије. Генеза насталих проблема је у различитим државним политикама, почевши од приватизације стамбеног фонда која је створила “сиромашне власнике” и нагомилала проблеме одржавања, преко допуштања бесправне градње лошег квалитета, све до дугогодишње неефикасности јавних предузећа надлежних за одржавање зграда.

6 Ступањем на снагу ЗСО (чл. 157), престају да важе Закон о становању (“Сл. гласник РС”, бр. 50/92, 76/92, 84/92-исправка, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/940-исправка, 48/94, 44/95–др. закон, 49/95, 16/97, 46/98, 26/01, 101/05-др. закон и 99/11), осим одредаба чл. 16. до 28, чл. 34. до 38, чл. 45а и 45б, као и одредбе чл. 32. која престаје да важи по истеку две године од дана ступања на снагу овог закона; Закон о одржавању стамбених зграда (“Сл. гласник РС”, бр. 44/95, 46/98 и 1/2001 - одлука УСРС) и Закон о социјалном становању (“Сл. гласник РС”, бр. 72/2009 од 3.9.2009. год). Такође, престало је и важење Уредбе о решавању стамбених потреба изабраних, постављених и запослених лица код корисника средстава у државној својини (“Сл. гласник РС”, бр. 102/10 и 117/12 - УС), осим одредаба чл. 41. до 43.

стамбеног фонда (2) и улога локалне самоуправе у одржавању стамбених зграда (3). Међутим, законодавац је обухватио само неке од ових проблема, чијом ћемо се анализом бавити у овом раду. Све новине ЗСО ћемо поделити на новине у погледу регулисања статуса зграде и управљања зградом (1), новине у погледу одржавања стамбених зграда и одговорности (2), али и анализирати новине у погледу улоге локалне самоуправе по новом ЗСО (3).

2. Новине у погледу статуса стамбене зграде и управљања зградом

Стамбена зграда је зграда намењена становању која се састоји од најмање три стана, а стамбено-пословна зграда се састоји такође од три посебна дела са најмање једним станом или једним пословним простором. Поступак управљања је исти и за стамбену и за стамбено-пословну зграду. Стамбена заједница је организација свих власника посебних делова зграде (стан, пословни простор, гаража, гаражно место или гаражни бокс). У погледу статуса зграде, новина је стицање својства правног лица за стамбену заједницу и увођење Регистра стамбених заједница.

Стамбену заједницу чине сви власници посебних делова стамбене зграде. Она стиче својство правног лица непосредно по закону, у моменту када најмање два лица постану власници два посебна дела независно од регистрације стамбене заједнице (чл. 16 ЗСО). Ако зграда има више целина са засебним улазима, власници посебних делова сваке од тих целина могу формирати и посебне стамбене заједнице сваког улаза и свака има засебан субјективитет.

Правни субјективитет стамбене заједнице се индивидуализује њеним пословним именом које обавезно садржи адресу, матични број (издаје га Републички завод за статистику) и порески идентификациони број (ПИБ – издаје га пореска управа) и текући рачун у пословној банци, а може имати и печат. Одредбе Закона о рачуноводству⁷ којим се уређује финансијско пословање правних лица, не односе се на стамбене зграде.

Обавезни органи стамбене заједнице су скупштина и управник (чл. 40 ЗСО).

Скупштину стамбене заједнице чине власници посебних делова. Стамбена заједница у року од 60 дана од дана стицања својства правног лица мора одржати прву скупштину, на којој се бира управник, а сазива је лице које је до доношења овог Закона вршило дужност председника скупштине зграде или други власник ако нема председника. Досадашњи председници скупштине зграде не могу аутоматски постати управници. Правно лице као власника посебног дела зграде представља законски заступник.

⁷ „Сл. гласник РС“, бр. 62/2013. В., чл. 4, ст. 4.

Седница скупштине стамбене заједнице се одржава најмање два пута годишње одлучује о бирању и разрешавању управника; узимању кредита; одређивању висине месечног износа новчане накнаде коју плаћају власници посебних делова зграде; одржавању земљишта за редовну употребу зграде; предузимању радова на заједничким деловима зграде; физичко техничком обезбеђењу зграде; издавању делова зграде трећим лицима; осигурању; усвајању извештаја о раду управника; висини накнаде за инвестиционо одржавање и др.

Седницу скупштине сазива управник по потреби или на иницијативу неког од власника. Ако управник не прихвати захтев власника, и сам власник може сазвати скупштину уз обавештење управника. Скупштина стамбене заједнице се може одржати уколико постоји потребна већина за доношење одлука – (кворум је најмањи број чланова потребних за правоснажно доношење одлука), а што представља обичну већину од укупног броја гласова чланова скупштине (51%). Потребна већина за доношење одлука може бити обезбеђена кроз присуство на седници или давањем писаних изјашњења по питањима из дневног реда седнице скупштине. У раду скупштине стамбене заједнице учествују власници посебних делова. Власник посебног дела може да овласти и друго лице да уместо њега учествује у раду скупштине (члан домаћинства или закупац посебног дела), о чему обавештава управника. У случају када је власник посебног дела правно лице, у раду скупштине стамбене заједнице учествује његов законски заступник или лице које он овласти да га заступа.

Власник посебног дела може гласати и писаним путем и, уколико тако поступи, сматра се да је присуствовао седници. Власник посебног дела може да гласа и путем заступника, односно пуномоћника. Пуномоћје се издаје у писаном облику и чува се уз записник о раду скупштине. Сваки власник посебног дела има онолико гласова у скупштини стамбене заједнице колико има посебних делова у свом власништву, осим ако је истовремено власник гараже, гаражног места или гаражног бокса. Тада нема више гласова, али ако је једино власник једног од ових предмета својине, нпр. гаражног места, имаће право гласа само у односу на одлуке које се тичу ових посебних делова.

Одлуке се доносе различитом већином (једногласно, 2/3 или обичном већином) која се разликује зависно од питања одлучивања. *Једногласном одлуком* се усвајају Правила власника. *Двотрећинском већином* се одлучује о питањима: располагање заједничким деловима зграде (отуђивање, припајање, издавање у закуп, надзиђивање и сл); поверавање управљања професионалном управнику; кредитном задуживању стамбене заједнице;

промени критеријума према којима власници посебних делова зграде учествују у трошковима одржавања заједничких делова зграде и управљања зградом (власници посебних делова могу да одлуче да и за текуће одржавање примене критеријуме за инвестиционо одржавање – сразмерно учешћу површине својих посебних делова у односу на збир површина свих посебних делова, као и да за инвестиционо одржавање примене критеријуме за текуће одржавање – сразмерно броју својих посебних делова у односу на укупан број свих посебних делова). *Проста већина* је потребна за доношење одлука које се односе на текуће одржавање, избор или разрешење управника, као и за одлуке из надлежности скупштине стамбене заједнице за које није предвиђена другачија већина. За одлуке које се доносе двотрећинском већином и за одлуку која се доноси једногласно не примењује се чл. 45. ЗСО који уређује питање кворума, јер се питање кворума односи само за доношење одлука које се доносе обичном већином присутних чланова.

У пракси је чест проблем не долажење на седнице скупштине и других органа. ЗСО је то решио кроз поступак са недоступним власником. Сматра се да је власник посебног дела недоступан уколико се три пута узастопно не одазове на седницу скупштине стамбене заједнице, а да при томе није обавестио управника, односно стамбену заједницу о разлозима свог неодазивања, или се не изјасни по неком питању на други законом уређени начин. У том случају, скупштина може неког члана да прогласи недоступним, чиме се он искључује из одлучивања и смањује се кворум, али само до мометна када постане доступан. У пракси не треба ову могућност олако примењивати, а сматрамо да је потребно о тој могућности обавестити и власнике станова. Ако се седница скупштине није могла одржати због недостатка потребне већине за доношење одлука, може се поново сазвати најраније три, а најкасније 30 дана од дана када је седница требало да буде одржана, са истим предложеним дневним редом. Кворум на поновљеној седници се смањује на 1/3 од укупног броја чланова. Сматрамо да је Законом требало предвидети строжу процедуру самог позивања грађана на састанке стамбене заједнице, као и да члановима стамбених заједница требало дати иста права побијања одлука која имају нпр. чланови привредних друштава када нису на прописани начин позвани на састанак.

На челу стамбене заједнице је управник, односно управник улаза ако је формирана посебна заједница за више улаза. Управници зграда су лиценцирани управљачи који могу да воде и по неколико зграда, обављајући управљање зградама као професију и уз наканду.

Управника бира скупштина стамбене заједнице из реда власника станова,⁸ или из реда професионалних управника⁹. Скупштина стамбене заједнице може одлучити да за послове управљања ангажује професионалног управника са списка лиценцираних управника Привредне коморе Србије. Одлука о поверавању послова управљања професионалном управнику се доноси квалификованом већином коју чине 2/3 укупног броја гласова чланова скупштине стамбене заједнице. Међутим, уколико се станари не договоре око избора управника стамбене зграде, примењује се „професионално управљање“, тако што орган локалне самоуправе - општине, на одређено време, поставља принудног управника¹⁰ зграде с листе лиценцираних управника. Постављени професионални управник врши послове управљања у оквиру принудне управе све док стамбена заједница не донесе одлуку о избору управника или док не закључи уговор о професионалном управљању.

Мандат управника траје 4 године и може бити поново биран. Професионални управник подноси извештај о свом раду стамбеној заједници најмање два пута годишње ако није другачије уговорено. Накнада за послове професионалног управљања исплаћује се на основу испоручене фактуре (рачуна).

Предложено увођење „професионалног управника“ и посебно „принудне управе“ у стамбене зграде, намеће додатни финансијски издатак за власнике. Додуше, послови управљања могу бити поверени професионалном управнику одлуком стамбене заједнице и у случају

8 Иако ЗСО допушта да управник може да буде и станар из зграде, посредно се дестимулише ово решење, тако што се станари не обавезују да му плаћају накнаду за рад, иако је, једнако као и професионални управник, изложен ризику одговорности и запрењеним високим казнама за пропусте у раду. За професионалне управнике се предвиђа постојање фонда осигурања од професионалне одговорности. Законодавац је сматрао погоднијим обликом управљанај увођење професионалних управника, вероватно с идејом квалитетнијег вођења и одржавања стамбеног фонда, али можда и политички, с идејом запошљавања људи, додуше, на терет власника станова. Почетна пракса показује да професионални управници управљају великим бројем зграда, нпр. и преко 30, што ће тешко одговарати циљевима ове законске реформе.

9 Према подацима из марта 2018. г. регистровано је око 600 лиценцираних управника, а првобитне процене потреба су се кретале и до 10.000 људи. www.blic.rs/vesti/drustvo/u-ovoj-bransi-bice-posla-za-10000-ljudi/kkqhpir

10 Принудна управа за стамбене зграде представља поверавање послова управљања професионалном управнику од стране надлежне локалне самоуправе. Поступак увођења принудне управе се покреће подношењем пријаве надлежног инспектора или власника посебног дела. Послови управљања принудно се поверавају професионалном управнику у случају да: пријава за упис стамбене заједнице не буде поднета у складу са Законом ; по истеку мандата управника није изабран нови управника.

када је одређена принудна управа. Такође, уколико станари сами изаберу међу собом управника, овај посао не мора да буде плаћен (нпр. принцип ротирања власника зграде на месту управника за одређени период) или може бити мање плаћен, али могу одлучити да плаћају наканду и тада закључују уговор о делу или други уговор, ради законитости исплате.

Пословима професионалног управљања могу се бавити привредна друштва које, иначе, као запосленог могу имати само једно лице са лиценцом за професионалног управника или предузетници¹¹. Професионални управник мора да испуни одговарајуће услове. Услови да физичко лице стекне квалификацију за именовање за професионалног управника су: да има најмање средње образовање у четворогодишњем трајању; није осуђивано за неко кривично дело које их чини недостојним за вршење те функције; положи испит за професионалног управника, односно стекне лиценцу у складу са овим Законом и упише се у Регистар који води Привредна комора Србије. Ресорно министарство од ангажовања професионалног управника очекује и запошљавање великог броја незапослених. Намеће се питање да ли ће професионални управници који обављају функцију управника у неограниченом броју зграда (удаљене и десетинама километара) моћи квалитетно да обављају поверене дужности. Овакво решење је више у интересу покушаја решавања проблема незапослености, него у старању о обезбеђивању квалитетног управљања зградама.

Надлежност управника је веома бројна¹². Он извршава одлуке стамбене заједнице, стара се о наплати износа који плаћају власници посебних делова за потребе извршења послова из надлежности стамбене заједнице, располаже средствима са текућег рачуна стамбене заједнице, организује радове хитних интервенција, води рачуна о заједничким деловима зграде, закључује уговоре у име станара са јавним предузећима, односно заступа заједницу станара у свим правним пословима. Такође, станодавци су дужни да га обавесте о закупцима, како би се омогућила наплата пореза на изнајмљивање стана. Уколико неко од станара не буде желео да плаћа накнаду за одржавање зграде, управник ће имати право да докаже о неплаћеној накнади поднесе приватним извршитељима. Управник

11 Право да оснују своју фирму, као предузетничку радњу или д.о.о. имају и старосни пензионери, док инвалидски и породични пензионери то не могу да ураде.

12 Сматрамо да је управник добио и нека спорна овлашћења. Тако, он је надлежан да реагује и код бесправног усељења у стан, а не само у заједничке просторије зграде. Ово овлашћење, логично, припада и власнику посебног дела и лицу које има правни интерес. Добро је што је овај поступак регулисан као хитан, и на њега се не примењују одредбе из чл. 78-87 о исељењу и пресељењу у одговарајући стан.

одговара стамбеној заједници, као и сваком власнику посебног дела, за штету коју они трпе због његових пропуста у раду.

Професионални управник има по закону право на накнаду, чија се висина одређује одлуком скупштине зграде и уређује уговором о поверавању послова професионалног управљања. У случају принудне управе, професионални управник има право на накнаду одређену одлуком јединице локалне самоуправе. Поставља се питање, ко надокнађује износе додатних надокнада (порез, допринос за пензиони фонд и допринос за здравство) која утиче на количину укупно расположивих средстава за одржавања зграде. Свакако, овај износ „цене уговора“ ће бити урачунат у цену управљања и власници посебних делова зграде сносиће укупан финансијски терет. Какве ће финансијске последице примена ове одредбе закона имати за станаре, остаје да видимо. Свакако, биће решен проблем зграда које нису имале организовану управу.

Јединица локалне самоуправе према територијалној надлежности води Регистар стамбених заједница као електронску јавну базу података у коју се уписују подаци о згради, управнику, као и други подаци предвиђени Законом и актом о регистру (чл. 18 ЗСО). Управник (или друго овлашћено лице) дужан је да у року од 15 дана од дана одржавања прве седнице скупштине стамбене заједнице поднесе пријаву за упис стамбене заједнице и управника или да региструје Правила власника у Регистру стамбених заједница. Поред тога, формира се и Јединствена евиденција, као централна, јавна, електронска база података у којој су обједињени подаци о стамбеним заједницама из свих регистара на територији Србије. Јединствену евиденцију води Републички геодетски завод.

3. Регулатива у погледу одржавања зграда и одговорности стамбене заједнице

Одржавање зграде обухвата активности које се спроводе ради очувања вредности зграде и њених посебних делова, а посебно обезбеђивања очување функционалности зграде и њених својстава, како би се омогућило редовно коришћење зграде у складу са њеном наменом и отклонила опасност од настанка штете. Обавезу одржавања зграде има стамбена заједница преко својих органа.

Власници посебних (и самосталних делова) имају обавезу да одржавају свој посебан део на начин да се тиме не ремети уобичајено коришћење других делова зграде и да доприносе одржавању заједничких делова зграде на начин да од зграде, односно заједничких делова зграде не прети

опасност настанка штете. Активности на одржавању зграде се спроводе кроз радње хитне интервенције, текуће одржавање и инвестиционо одржавање¹³. Законом су начелно регулисане радње које се односе на хитне интервенције, а министар надлежан за послове становања ближе одређује врсту, обим и динамику активности за текуће и инвестиционо одржавање, као и начин сачињавања програма одржавања зграде. Сматрамо да је било целисходније да се, на начин како је то учињено у упоредном праву, нпр. по Закону о одржавању зграда Републике Српске¹⁴, регулише и садржина свих облика одржавања (текуће, односно редовно одржавање¹⁵, инвестиционо одржавање¹⁶ и хитне интервенције).¹⁷

Хитне интервенције су све оне интервенције које се спроводе ради заштите живота и здравља људи, њихове сигурности, заштите имовине од оштећења

13 Чл. 58 ЗСО.

14 “Службени гласник Републике Српске” бр. 101/11. <https://www.pravnik.ba>, В,чл. 13-17. Поред тога, важи и Закона о уређењу простора и грађењу („Службени гласник Републике Српске”, број 55/10) – примењује се нпр. код преправке и промене намене стана.

15 Чл. 13 Закона о одржавању зграда Републике Српске, под текућим одржавањем “обухвата редовне прегледе, сервисирања и поправке елемената, опреме и инсталација и извођење превентивних и заштитних мера који се предузимају ради спречавања или отклањања оштећења која настају употребом зграде, односно свих радова којима се обезбеђује одржавање зграда на задовољавајућем нивоу употребљивости. Текуће одржавање може бити: редовно сервисирање лифтова у складу са важећим прописима; поправка или замена аутомата за заједничко осветљење, прекидача, сијалица и др., дератизација, дезинсекцију и дезинфекцију заједничких просторија у згради у складу са важећим прописима; чишћење сливника, олука и олучних цеви зграде; поправке или замену окова, брава, катанца и других уређаја за затварање ормана за струјомере, водомере, телефонске и телевизијске инсталације у згради; кречење и бојење заједничких просторија у згради; фарбање цевне мреже, грејних тела и других уређаја у заједничким деловима зграде; одржавање хигијене у заједничким деловима зграде (чишћење и прање улаза, столарије, заједничких просторија, степеништа, ходника, застакљених површина и др); чишћење и одржавање платоа и тротоара око зграде, односно насипа, усека, ригола и слично и други радови којима се обезбеђује одржавање зграде на задовољавајућем нивоу употребљивости”.

16 По чл. 14 Закона о одржавању стамбених зграда Републике Српске, *инвестиционо одржавање зграде* представља извођење грађевинско-занатских и других радова у циљу побољшања услова коришћења зграде. Обухвата активности и радове на поправци и замени кровне конструкције и других конструктивних елемената зграде, лифта, фасаде, ограде, подова, плафона, зидова, хидро и термо изолација и др), инсталација (електро, водоводних, топлотних и др), уређења и друге опреме. “Службени гласник Републике Српске” бр. 101/11. <https://www.pravnik.ba>, Поред тога, важи и Закона о уређењу простора и грађењу („Службени гласник Републике Српске”, број 55/10) – примењује се нпр. код преправке и промене намене стана.

17 Чл. 59 ЗСО.

и довођење зграде и њених делова у стање исправности, употребљивости и сигурности. Власник посебног дела зграде треба да, одмах по сазнању настанка потребе за хитном интервенциом, о томе обавести управника у стамбеној згради. Управник је дужан да одмах по сазнању, а најкасније у року од 48 часова од сазнања (уколико из објективних разлога није било могуће раније), предузме одговарајуће мере у циљу извршавања потребних активности и радова или да о томе обавести организацију која изводи ову врсту радова са захтевом за њихово хитно извршавање. Законом нису прецизиране хитне интервенције као у упоредном праву, нпр. по Закону о одржавању зграда Републике Српске¹⁸.

Власници или корисници самосталних делова зграде имају обавезу да одржавају своје делове зграде на начин којим се обезбеђује функционалност тог дела зграде и на начин којим се елиминише опасност од наступања штете или немогућности коришћења других делова зграде. Одржавање зграде се може уговором поверити правним лицима или предузетницима који се баве пословима одржавања зграде. Уколико обавезна лица не организују одржавање у складу са овим законом, надлежни орган јединице локалне самоуправе повериће посао одржавања зграде организацији којој је поверено обављање послова од јавног интереса (чл. 60 ЗСО).

У случају када власници не изврше потребне активности на одржавању зграде, а неспровођењем ових активности би могле да настану штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности, радове на одржавању зграде преузима јединица локалне самоуправе (чл. 61 ЗСО). Власник посебног дела зграде дужан је да учествује у трошковима одржавања заједничких делова зграде и земљишта за редовну употребу зграде и управљања зградом (чл. 63 ЗСО).

Законом је регулисана обавеза учешћа власника посебних делова у одржавању заједничких делова зграде и висина и начин утврђивања ових

18 Закон о одржавању зграда Републике Српске у чл. 16 убраја следеће радове хитних интервенција: „одглављивање, обезбеђење и ослобађање лица и ствари из заглављене кабине лифта; затварање воде на централном вентилу и главним вентилима по вертикалама услед пуцања водоводне инсталације; интервенције којима се објекту обезбеђује редовно снабдевање водом и електричном енергијом; одгушивање канализационе мреже у објекту или посебним делу и одношење изливних остатака и дезинфекција простора, обезбеђење угроженог простора (тротоара, прилазних стаза и друго) у окружењу стамбене зграде упозоравајућом оградном баријером са знаком упозорења, ради безбедности људи и имовине од делова склоних паду са стамбене зграде, као и леденица; предузимање заштитних мера у циљу превенције пожара и других оштећења којима се спречавају угрожававање безбедности лица и имовине; поправке или замене делова кровног покривача, ако су угрожене електроинсталације итд.“

трошкова.¹⁹ Критеријуми утврђивања висине трошкова учешћа власника посебних делова у трошковма одржавања зграде су²⁰: за трошкове радова текућег одржавања и управљања - сразмерно броју својих посебних делова у односу на укупан број свих посебних делова у згради; за трошкове радова инвестиционог одржавања и унапређења својстава зграде - сразмерно учешћу површине својих посебних делова у односу на збир површина свих посебних делова у згради.

Поред тога, може се одлуком скупштине стамбене заједнице, односно јединице локалне самоуправе код постављања принудног управника, одредити износ који је сваки власник посебног дела дужан да плаћа за трошкове текућег²¹ и инвестиционог²² одржавања и управљања зградом. Стамбена заједница може одлуком скупштине формирати и резервни фонд. Све ове новчане обавезе могу представљати неподношљиви додатни терет за поједине власнике.

Закон предвиђа могућност да се послови одржавања и унапређења својстава зграде или дела зграде могу финансирати и из кредита, донација и других извора. Стамбена заједница може да, ради добијања кредита, заложити потраживања која има од власника посебних делова и друга своја потраживања, у складу са законом којим се уређују заложна права на покретним стварима уписаним у Регистар (чл. 66 ЗСО).

У случају енергетске санације зграде финансирање активности је могуће вршити и путем уговарања енергетских учинака са предузећима или предузетником регистрованим за пружање енергетских услуга (ЕСЦО) у складу са законом којим се уређује област ефикасног коришћења енергије.

Један од недостатака нашег законског решења је обавеза управљања и одржавања само за стамбене зграде, тј. за право својине на становима,

19 Чл. 63 ЗСО.

20 Стамбена заједница може одлучити да и за учешће у текућем одржавању и управљању примени критеријуме за учешће у инвестиционом одржавању и обрнуто, за шта је потребна сагласност 2/3 од укупног броја власника посебних делова.

21 Град Ниш је донео Одлуку о минималној висини износа за текуће одржавање зграда на територији Града Ниша, „Службени лист Града Ниша“, бр. 88/08 и 143/16. (нпр. минимални износ за стан и пословни простор за зграду са лифтом је 320 дин. по стамбеној јединици).

22 Одлуком о утврђивању минималне висине износа издвајања на име трошкова инвестиционог одржавања заједничких делова зграде на територији Града Ниша, „Службени лист Града Ниша“, бр. 88/08 и 143/16. Нпр. минимални износ по мкв је за зграду старости до 10 година са лифтом 2,8 динара. Критеријуми одржевања су: просечна нето зарада у Граду Нишу, просечна старост зграде, трошкови инвестиционог одржавања лифта и намена посебног или самосталног дела зграде (чл. 6 и 7 Одлуке).

а не важи и за својину на пословним објектима и објектима у којима делатност обављају државне управе, јавна предузећа и установе чији је оснивач Република, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Сматрамо да су ограничавајуће одредбе за својину у погледу управљања и одржавања требало да важе за све стамбене зграде и пословне просторе без обзира на режим јавне или приватне својине, што захтева и принцип правне једнакости субјеката и облика својине. Само се за носиоце права својине на становима регулише до детаља начин одржавања и управљања њиховом својином, чак и уводи институт „принудне управе“ уколико не испоштују законске обавезе, а да то није потребно власницима осталих непокретности.

И у погледу одговорности за штету, постављена су новим ЗСО прецизнија правила. У случају настанка штете услед неиспуњавања обавезе одржавања установљена је објективна одговорност, без обзира на кривицу. Уколико дође до штете настале због неадекватног одржавањс посебног дела зграде, одговара власник стана који није поступио у складу са обавезом одржавања, без обзира на кривицу. Вланик самосталног дела зграде одговара за штету која потиче од његовог самосталног дела, такође без обзира на кривицу. Стамбена заједница одговара за штету која потиче од заједничких делова зграде (супсидијарно су одговорни и сви власници посебних делова) услед неизвршења или неправилног извршења послова који су у њеној надлежности²³. Стамбена заједница одговорна је за насталу штету и када није могуће утврдити од ког посебног или самосталног дела зграде потиче штета, али у том случају за штету, заједно са стамбеном заједницом, солидарно одговарају и сви власници посебних или самосталних делова зграде. Стамбена заједница може²⁴ да закључи уговор о осигурању од одговорности за штете причињене трећим лицима услед неодржавања или неправилног одржавања зграде, али је то опет додатни финансијски терет за власнике посебних делова зграде.

23 За обавезе које преузме заједница за одржавање одговарају супсидијарно етажни власници сразмерно учешћу површина својих посебних делова зграде (члан 33 Закона о одржавању зграде Републике Српске).

24 Сматрамо да је оправдано напуштен систем обавезног осигурања (попут обавезног осигурања од аутоодговорности за штете учињене трећим лицима, обавезно осигурање од професионалне одговорности брокера, стечајних управника итд.), првобитно предложен у Нацрту. Штете од зграде нису тако честе, нити представљају велику опасност да би законодавац наметао обавезу осигурања што би представљао још један додатни трошак за власнике.

Интересантно је решење из хрватског права о „примјереном осигурању” од стране сувласника у стамбеној згради.²⁵

Изјаве дате у фази доношења ЗСО - да за грађане неће бити нових трошкова у односу на она средства која су до сада издвајали за одржавање зграда, нису утемељене, што ће пракса показати. Новина, која ће свакако највише погодити власнике посебних делова је што су предвиђене изузетно високе, чак драконске казне, за власнике станова, професионалне управнике и стамбене заједнице у зградама, у распону од 5.000 динара до чак два милиона динара. Нпр. казну у распону од 5.000 до 150.000 динара могу платити власници станова по више основа, нпр. ако ометају коришћење других делова зграде, ако свој стан не одржавају, али и ако не желе да учествују у трошковима одржавања и употребе заједничких делова зграде и парцеле на којој се она налази. У групи кажњивих активности спада и не придржавање налога инспектора за комуналну делатност. То значи, ако нпр. “не предузму хитно извођење радова и друге мере по хитним интервенцијама и све оно што је неопходно како би се спречило настајање штетних последица по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину”. Осим власника станова, новчане казне су предвиђене и за изабране управнике зграда, ако не предузму потребне радње, укључујући и подношење тужбе, када је у питању наплата трошкова од оних, који су одговорни за оштећење заједничких делова зграде (чл. 69 и 132 ЗСО).

Највиши износ казне – од 50.000,00 до 2.000.000,00 динара, предвиђене су за прекршаје стамбених заједница, што опет посредно погађа власнике посебних делова. Такве казне ће плаћати стамбене заједнице, односно, скупштине станара, ако се до прописаног рока не упишу у регистар стамбених заједница и не региструју управника зграде, затим, ако не испоштује рокове и ураде прописане радове, али и ако након истека рока, не донесу програм одржавања зграде. Исте казне платиће и фирме, које се баве организовањем професионалног управљања и то ако их обављају без закљученог уговора итд.

25 По чл. 83. ЗОВО: „(1) Ако с обзиром на околности пријети озбиљна опасност да ће настати штета због онога што у извршавању или прекорачењу овласти подузима или је већ подузео гледе некретнине поједини сувласник без сугласности свих осталих, сваки од сувласника цијеле некретнине је овлаштен од њега захтијевати примјерено осигурање. (2) Подузимање било чега што је сувласник по закону дужан или овлаштен обавити не може бити увјетовано давањем осигурања.(3) О захтјеву за давањем осигурања из ставка 1. овога чланка одлучује суд у изванпарничном поступку, ако није што друго прописано, или ако се у свези с оним што је сувласник подузео или подузима већ води неки други поступак у којем је могуће одредити давање примјереног осигурања.”

Слична решења постоје и у праву Републике Хрватске и Републике Српске. Тако, по чл. 11 Законом о одржавању зграда Републике Српске, етажни власник је дужан да отклони без одлагања кварове којима се наноси штета другим посебним или заједничким дијеловима зграде или доводи у питање њихово функционисање, као и да поправи или надоканди штету која је настала као посљедица квара.

У Хрватској је власнички режим зграда – етажна својина, регулисана Законом о власништву о другим стварним правима (чл. 66 ЗОВО).²⁶ Трошкови посебнога дијела су регулисани чл. 84. ЗОВО: “(1) Сувласник на чијем је сувласничком дијелу успостављено власништво одређенога посебнога дијела некретнине одржава тај дио о своме трошку те сноси све јавне обвезе и терете у свези с власништвом тога дијела, ако није што друго законом одређено. (3) Ако је дужник обвезе из ставка 2. овога Закона особа која посебни дио некретнине раби или искориштава на темељу најма, закупа или другог уговора са сувласником на чијем је сувласничком дијелу успостављено власништво тога посебнога дијела, тај сувласник јамчи добављачу за испуњење те обвезе.” ЗОВО регулише и правила употребе и сношења трошкова управљања зградом (чл. 85-90).

4. Улога локалне самоуправе у одржавању стамбених зграда

ЗСО је како одрживи развој становања, тако и послове одржавања и управљања зградама, прогласио јавним интересом. Чланом 2. ЗСО се у ст. 2 и 3 одређује да:

„(1) Одрживи развој становања представља јавни интерес за Републику Србију, кроз развој стамбеног сектора у РС и у циљу унапређења услова становања грађана и очувања и унапређења вредности стамбеног фонда, уз

²⁶ Дужност одржавања је регулисана чл. 80: “(1) Сувласник на чијем је сувласничком дијелу успостављено власништво одређенога посебнога дијела некретнине дужан је за тај стан, односно другу самосталну просторију, те за њима намијењене уређаје, особито свјетловодне, плиноводне, водоводне, топловодне и санитарне направе, као и све друге припатке тога посебнога дијела бринути се и тако их одржавати да другим сувласницима не настане никаква штета. (2) За сву штету коју други сувласници претрпе у свези с извршавањем дужности из ставка 1. овога чланка, или због њезина неизвршавања, одговара им онај сувласник чија је то била дужност одржавања, а ако је то била дужност више сувласника – они одговарају за ту штету солидарно. (3) Сувласник на чијем је сувласничком дијелу успостављено власништво одређенога посебнога дијела некретнине дужан је допустити приступ у стан, односно просторију и њихову упорабу, ако је то потребно за одржавање заједничких дијелова некретнине; имовинску штету коју у свези с тиме претрпи дужни су му примјерено накнадити сувласници солидарно.

истовремено унапређење енергетске ефикасности и смањење негативних утицаја на животну средину и рационално коришћење ресурса.

(2) Одржавање и управљање у: стамбеним зградама, стамбено-пословним зградама, пословним зградама, зградама јавне намене или зградама које су проглашене за културно добро и зграде у заштићеним културно-историјским целинама, у циљу спречавања или отклањања опасности по живот и здравље људи, односно у циљу обезбеђивања сигурности зграде и њене околине такође су у јавном интересу“.

Законом је предвиђено да ради остваривања јавног интереса Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе обезбеђују средства у својим буџетима за испуњење утврђених обавеза. Такође, влада РС, ради унапређења и спровођења стамбене политике, доноси Националну стамбену политику и акциони план за њено спровођење.²⁷

Сматрамо да је законодавац пропустио да јавним интересом, како у циљу „спречавања или отклањања опасности по живот и здравље људи, обезбеђивања сигурности зграде и њене околине“, тако и у циљу „унапређења енергетске ефикасности и смањење енергетских утицаја на животну средину и рационално коришћење ресурса“, прогласи одржавање и других објеката који се по ЗСО не сматрају стамбеном зградом, нпр. зграде у јавној својини које такође могу изазвати опасност по живот и здравље људи јер се не налазе увек у бољем стању. Уставом прокламована једнакост свих облика својине и принципа правне једнакости, формални је разлог за једнако третирање свих зграда у погледу одређивања јавног интереса. Поред тога, суштински, јавни интерес у стамбеној области није могуће остварити, без подвођења и осталих објектата под стандард енергетске ефикасности, посебно велики број зграда којима намена није стамбена, а који су велики потрошачи енергената (болнице, школе, министарства, судови, пословне зграде).

Морамо приметити да је, иако ст. 3 чл. 2 ЗСО предвиђа издвајање буџетских средстава за реализацију јавног интереса, требало прецизније одредити проценат средстава која треба да издвоји локална самоуправа, а овако може доћи до злоупотребе од стране јавне власти, посебно у сиромашнијим општинама, и минимизирања ове обавезе.

Симптоматична је и могућност да јединица локалне самоуправе може утврдити урбанистичке зоне или блокове за које постоји обавеза извођења одређених активности на одржавању зграде (инвестиционо одржавање или унапређење својстава зграде). У циљу спречавања штетних последица

²⁷ Чл. 2, ст. 3.

по живот или здравље људи, имовину веће вредности и околине, што представља јавни интерес, јединица локалне самоуправе треба да преузме потребне активности и радове на одржавању зграде, посебно у случају када стамбена заједница то не учини или није у могућности да учини, тако што ће обезбедити средства у свом буџету. При томе локална самоуправа има право регреса према власницима станова који нису предузели потребне мере. Оправдано је страховање да овај поступак може довести до немогућности исплате дугова за одређене станаре и продају станова, што се десило у неким државама (Чешка, Словачка). Зато овде треба бити опрезан са коришћењем овлашћења локалне самоуправе и користити могућност да, у циљу остваривања јавног интереса, јединица локалне самоуправе може донети одлуку о бесповратном суфинансирању активности на инвестиционом одржавању и унапређењу својстава зграде, уз обезбеђивање средства за учешће у финансирања ових активности.

Јединица локалне самоуправе може предузети и неке блаже мере, попут прописивања обавезе одржавања и забране промене спољног изгледа зграде (забрана постављања клима уређаја на видљивом делу зграде и сл), са различитим степенима обавезности, у зависности од урбанистичке зоне или блока у коме се зграда налази.

Нови Закон област становања третира као јавни интерес, а о јавном интересу мора да се стара и држава, односно њени организациони облици. Становање и јесте јавни интерес, јер треба регулисати бројна питања у општем интересу (стабилност и фасаде зграда; енергетска ефикасност; реконструкција кровова и фасада итд.). Све ове трошкове би тешко самостално финансирали грађани-власници станова с обзиром на висок степен осиромашења, како због високе стопе незапослености, тако и због ниских зарада запослених. Зато је неопходно да држава учествује суфинансирањем у одржавању фасада и кровова, евентуално и у другим радовима на заједничким деловима зграда. Свакако, потребно је створити трајни и одрживи модел финансирања, а то није могуће без буџетских издвајања.

Предвиђено је да се у јавном интересу врше радови хитних интервенција на стамбеним зградама, стамбено-пословним зградама, пословним зградама, зградама јавне намене или зградама културним добрима, у случају када надлежни субјект није извршио потребне радове, а неизвођењем радова могле би да настану штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности, што локална самоуправа и јавна предузећа треба да примењују у пракси.

5. Закључак

Приватизација друштвених станова деведесетих година створила је стамбени фонд у приватном власништву, а у јавном власништву је остало мање од 2% станова. Стање стамбеног фонда у Србији који је већински у приватној својини, захтевало је реформу бројних закона како би се омогућило функционисање становања у складу са савременим потребама и решили проблеми управљања и одржавања, као и одговорности зграда од евентуалних штета, као и да се српски прописи усагласе са европским стандардима.

Закон о становању и одржавању зграда Републике Србије је требало да уреди коришћење и одржавање зграда, на начин како би се отклонили бројни проблеми како међу самим станарима, тако и према трећим лицима, а посебно према локалној самоуправи, али и створи услове за реализацију принципа „одрживог становања“. Да ли је идеал „одрживог становања“ овим законом постао реалнији? Рекао бих не у потпуности.

Сматрамо да је приликом доношења закона требало имати у виду и чињеницу да је „криза“ у одржавању стамбеног фонда, у највећој мери, наступила због материјалне немогућности осиромашених грађана да снесе све трошкове, а не неодговорности и свесног запостављања сопствене имовине. Наметање бројних обавеза на терет власника не сме да доведе грађане у лошој економској ситуацији на ивицу егзистенције, јер то неће допринети реализацији прокламованог принципа одрживог становања, а може довести и до стварања бескућника, распада породице и других негативних последица. Право на становање је егзистенцијално питање и основа неких личних права – права на живот достојан човека и права на здравље. Зато држава и локална самоуправа морају решавати проблем становања и издвајањем средстава за хитне интервенције на зградама по принципу солидарности, а у крајњој линији и мером социјалног становања за угрожена лица и бескућнике.

Министарство грађевинарства саобраћаја и инфраструктуре проглашава развој становања, одржавање и управљање зградама – јавним интересом, што је добро, али терет његовог испуњења пребацује највећим делом на грађане – власнике станова. Промена у начину управљања не може да надомести недостатак средстава за одржавање зграда тамо где су станари у лошој економској ситуацији, осим кроз принудну наплату и пленидбу имовине, што никако није у складу са идеалом одрживог становања. Такође, ни формално усвајање међународних стандарда становања, ако је за значајан проценат становништва недостижно, није адекватно решење. Осетљивост уређења ових односа је појачана модерним, рекао

бих капиталистичким односом према власницима станова, и могућношћу принудне наплате потраживања укључујући и продају станова грађана који немају довољно новца да редовно отплаћују своје дугове.

Иако су на основу бројних примедаба стамбених заједница и власника на Нацрт Закона о становању и одржавању зграда током јавне расправе, оправдано измењена поједина решења (обавезни професионални управник за зграде са више од 30 станова, обавезно осигурања од одговорности за штету причињену трећим лицима, поједностављење одлучивања унутар стамбене заједнице), сматрамо да поједине одредбе ЗСО-а још увек стварају простор за злоупотребу права. Такође, не нуде детаљана и квалитетна решења везана са сегмент одржавања и управљања зградама, већ је, попут неких упоредних решења, требало детаљније уредити нека питања, попут послова редовног и инвестиционог одржавања и хитних интервенција.

Литература/References

Лазих, М. (2011). Претворба (трансформација) права на некретнинама у друштвеном власништву у Републици Србији, Ријека, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, 1, 215-238.

Лазих, М. (2017). Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 76, 353-370.

Simonetii, P. (2001) Rasprave iz stvarnog prava, Rijeka, odeljak Pravna priroda etažnog vlasništva u hrvatskom i usporednom pravu.

Крстић, И., "Принудно исељење - универзални међународни стандарди", Београд, Анали, 2/2013, 92 - 109.

Универзалне декларације, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (ИИИ) од 10. децембра 1948.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966, "Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори", бр 7/1971 и "Сл. лист СРЈ - Међународни уговори", бр. 4/2001.

Одлука о минималној висини износа за текуће одржавање зграда на територији Града Ниша, „Службени лист Града Ниша“, бр. 88/08 и 143/16.

Одлуком о утврђивању минималне висине износа издвајања на име трошкова инвестиционог одржавања заједничких делова зграде на територији Града Ниша, „Службени лист Града Ниша“, бр. 88/08 и 143/16.

Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

**NOVELTIES IN THE SERBIAN HOUSING AND BUILDING MAINTENANCE
ACT: CURRENT ISSUES AND EUROPEAN STANDARDS**

Summary

The new Housing and Building Maintenance Act of the Republic of Serbia aims to regulate the use and maintenance of multi-unit residential buildings in order to do away with numerous problems arising in tenants' relations as well as in relations with third parties and particularly with the local administration. In this paper, the author analyzes the new provisions on: establishing the Registry of Residential Communities as an electronic public database; introducing the post of a building manager (who may be either a professional licenced manager or the owner of an apartment in the building); the tenants' obligation to pay (monthly) maintenance costs and the provision concerning severe sanctions and the possibility of engaging enforcement agents for forced collection of dues; the manager's obligation to ensure the owner's compliance with the lease obligations, which would contribute to more efficient tax collection; the tenants' obligation to look after the exterior and interior appearance of the building, and to be responsible for any damage; the obligation of the local administration unit to issue a decision on the regulation of city zones, thus obliging the responsible persons to perform specific investment maintenance works, and envisaging the possibility of enforced performance at the expense of the responsible person/entity. Another important issue envisaged in the new HBM Act concerns the problem of homelessness, particularly in terms of addressing the question whether the society has a suitable social response for the problems encountered by the homeless, or people who have been rendered homeless, as potential beneficiaries of housing support. Upon analyzing these provisions, the author discusses the likelihood of accomplishing the goals of sustainable housing management, envisaged in the UN Geneva Charter on Sustainable Housing, with specific reference to the European strategy for sustainable development in urban areas and particularly bearing in mind the poor financial standing of important issue envisaged in the new HBM Act concerns the problem of homelessness, particularly in terms of addressing the question whether the society has a suitable social response for the problems encountered by the homeless, or people who have been rendered homeless, as potential beneficiaries of housing support. Upon analyzing these provisions, the author discusses the likelihood of accomplishing the goals of sustainable housing management, envisaged in the UN Geneva Charter on Sustainable Housing, with specific reference to the European strategy for sustainable development in urban areas and particularly bearing in mind the poor financial standing of Serbian citizens as apartment owners and the role of the wider community in resolving these problems.

Keywords: *housing, building maintenance, professional (building) manager, tenants' responsibility.*

Др Ђорђе Л. Николић,*
Ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881051N

UDK: 347.451.031:366(4-672EU:497.11)

Раd примљен: 30.09.2018.

Раd прихваћен: 06.11.2018.

ГАРАНЦИЈА И НЕКЕ КОНТРОВЕРЗЕ У ВЕЗИ СА УРЕЂЕЊЕМ ГАРАНЦИЈЕ У АКТУЕЛНОМ СРПСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: Гаранција је у савременом праву постала једно веома значајно правно средство заштите економског интереса купца да за свој новац добије како робу саобразну уговору, тако и робу која има друга обећана својства. Она је у капиталистичким земљама настала као уговорна гаранција, док је у бившим социјалистичким земљама гаранција представљала законску обавезу произвођача. Аутор је у раду размотрио појам, настанак и правну природу гаранције, гаранцију у бившем југословенском праву, гаранцију у праву Европске уније, као и гаранцију у актуелном српском праву и његовом Преднацрту Грађанског законика. Анализа аутора показује да постоје озбиљне контроверзе у вези са уређењем гаранције у актуелном српском праву, које ни у наведеном Преднацрту нису разрешене. У закључку се аутор залаже за усвајање ширег појма гаранције, који би, као општи облик гаранције, био уређен Законом о облигационим односима, односно будућим Грађанским закоником Републике Србије, за даваоца гаранције као једино одговорног лица, као и за један шири диспозитивни правни оквир гаранције који би купцима обезбеђивао не само већи степен правне сигурности, већ и нешто виши ниво заштите.

Кључне речи: гаранција, гаранција за исправно функционисање, гаранција за исправност ствари, гарантни лист.

* djonik@prafak.ni.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ бр. 179046 Министарства просвете и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводне напомене

Интерес купца да за цену коју плаћа добије ствар одговарајућег квалитета традиционално се штити институтом одговорности продавца за материјалне недостатке ствари. Међутим, средином 19. века настао је још један институт којим се штити скоро исти купчев интерес. То је гаранција. Она се у капиталистичким земљама са слободним тржиштем добровољно уговара као једно од средстава конкурентске борбе на тржишту. У бившим социјалистичким земљама гаранција се прописивала законом, јер је имала и улогу средства за подизање квалитета, пре свега, техничке робе. Велики значај гаранција добија и у праву Европске уније, посебно у процесу изградње и хармонизације права заштите потрошача.

У раду ће се размотрити појам, настанак и правна природа гаранције, уређење гаранције у бившем југословенском праву, гаранција у праву Европске уније, као и гаранција у актуелном српском праву и Преднацрту Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт ГЗРС).¹ Циљ рада је да се испита усклађеност актуелног српског права о гаранцији са правом Европске уније, да се укаже на неке контроверзе њеног правног уређења, као и да се предложи нека адекватнија решења.

2. Појам, настанак и правна природа гаранције

У условима развијене поделе рада, каква постоји у савременом друштву, продавац најчешће није и произвођач ствари. У улози продавца се обично налази трговац, који купује робу од произвођача па је затим продаје купцима. У таквим случајевима продавац је одговоран купцу за недостатке ствари, с тим што би за исте недостатке продавцу био одговоран њен произвођач. Али, произвођач не би могао да одговара крајњем купцу, јер купац није са њим закључио уговор о продаји.

У савременом праву дошло је до значајне промене схватања о одговорности произвођача за недостатке ствари. Појављује се један правни институт који омогућава да се успостави и непосредан правни однос између купаца ствари и њеног произвођача. У прилог успостављања таквог односа наводи се то што на обезбеђење квалитета ствари њен произвођач има одлучујућу улогу, јер се њен квалитет јавља првенствено као резултат његовог рада (Аранђеловић, 1967: 275). Уз то, полази се и од става да је трговац „само продужена рука произвођача“, па да зато не може да буде одлучујући једино уговор између продавца и купца (Радишић, 1972:

1 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Правни живот, бр. 5–6, Београд, 2016.

121). Тај непосредни правни однос између купца и произвођача ствари успоставља се тзв. гаранцијом, која се у индустријски развијеним земљама јавља у другој половини 19. века.

Гаранција је данас веома распрострањена, тако да се промет одређених врста добара, као што су то аутомобили и друга техничка роба, данас без ње не може готово ни замислити (Радишић, 1972: 7; Спиrowић-Јовановић, 1975: 9; Можина, 2011: 31). Купци су данас навикли на гаранцију. Она им улива и већу сигурност у квалитет купљене ствари, тако да их класична одговорност продавца за материјалне недостатке ствари мало интересује. Гаранција је и веома значајан инструмент конкуренције. У њеном постојању и купац и продавац и произвођач налазе свој интерес.

2.1. Појам гаранције

Иако реч „гаранција“ има у праву вишеструко значење, њен основни појам увек карактеришу два битна обележја: уверење (тврђење) да нешто постоји (нпр. одређени квалитет или својство ствари) и спремност изјавиоца да сноси одређене последице ако се његово уверавање не потврди у стварности (Радишић, 1972: 12). Све обавезе изјавиоца поткрепљују сâмо уверење које он жели да изазове код примаоца гаранције. Те обавезе обично настају на основу уговора између ових лица, који се назива уговор о гаранцији. Њиме једно лице (гарант, давалац гаранције) осигурава неки имовински интерес другог лица (примаоца гаранције) тако што обећава да ће му надокнадити штету насталу услед неостваривања тог интереса.² То је апстрактан и једнострано обавезан (Радишић, 1972: 12), али и акцесоран уговор (Радишић 1973: 54; Спиrowић-Јовановић, 1975: 37). За гаранта настаје обавеза са наступањем гарантованог случаја, тј. са неиспуњењем очекивања, односно имовинског интереса примаоца гаранције.

2.2. Настанак гаранције

Гаранција је настала као израз воље произвођача, односно продавца, тако да су они и њени творци (Митровић, 1973: 67). Њен изглед додатне обавезе за произвођача или продавца, односно користи за купца, створио је погрешну представу да је гаранција увек у интересу купца, као и да је то институт чија је основна функција заштита купца (Митровић, 1973: 67–68). Несумњиво је да купци стичу неке практичне користи од гаранције (брзо отклањање недостатака, избегавање спорова), али су те користи они често стицали и по цену да кроз гаранцију буду доведени у правно неповољнији

² „Право значење речи ‚гаранција‘ јесте ‚обезбеђење‘ нечега до чега је другоме стало“ (Радишић, 1972: 19).

положај од оног који им гарантује законска одговорност продавца за недостатке ствари. Тако су произвођачи и продавци, дајући купцима гаранције, често осигуравали за себе повољнији положај (Митровић, 1973: 68). Код гаранције, у ствари, скоро увек превладава интерес продавца да једном продата роба остане код купца, односно да уговор о продаји остане на снази и поред недостатака на испорученој ствари.

Према начину настанка, могу се разликовати два система гаранције: систем уговорне (добровољне) и систем законске (принудне) гаранције (Радишић, 1972: 27). Систем уговорне гаранције је старији. Настао је у капиталистичким земљама са развијеним тржиштем на којем владају економски закони.³ Овај систем карактерише настанак гаранције на основу слободно постигнуте сагласности воља између гаранта и купца. Уговор о гаранцији се обично закључује на основу опште понуде гаранта, која се прихвата и самим ћутањем купца, јер је у његовом интересу (Радишић, 1972: 32). Систем законске гаранције настао је знатно касније и то у бившим социјалистичким земаљама. Он није био условљен конкурентском борбом на тржишту, јер у условима ограниченог тржишта конкуренције готово да и није било, већ потребом да се квалитет индустријских производа подигне на виши ниво (Можина, 2011: 32).⁴

Систем уговорне гаранције је у савременом свету доминантан. Он доминира и у савременом потрошачком праву, посебно у потрошачком праву Европске уније.

2.3. Правна природа гаранције

Гаранција је, пре свега, један посебан правни однос који настаје између даваоца гаранције и купца (Спировић-Јовановић, 1975: 92). Уговор о продаји, за који је гаранција непосредно везана, представља претпоставку за њен настанак (Спировић-Јовановић, 1975: 92), с тим што се гаранција

3 „У условима сталне борбе за тржиште гаранција је постала погодна средство конкуренције и борбе за бољи квалитет производа“ (Радишић, 1972: 23).

4 За југословенски систем законске гаранције једни аутори су сматрали да „није припадао ни чистом систему добровољне, ни чистом систему законске гаранције“ (Радишић, 1972: 29), јер је неиспуњење те законске обавезе повлачило само кажњавање за прекршај. Али, казнени прописи нису надомештавали недостатак гаранције, јер она није настајала директно на основу закона, већ је за њу увек био потребан и престанак гаранта, дат у виду гарантног листа (Радишић, 1972: 29). Други аутори стали су на становиште да је гаранција за исправан рад производа законска облигација произвођача односно увозника, јер је законом била установљена његова непосредна одговорност (Милошевић, 1968: 213). Можина (2011: 33) наводи да је ово мишљење било већинско, као и да му се приклонила и судска пракса.

може схватити као клаузула у том уговору, као посебан уговор или као једнострано обећање, што у највећој мери зависи од субјекта који је даје. Иако гаранцију може дати и неко треће лице, у пракси се најчешће као гарант јавља лице које је део трговачког ланца, а то су продавац или произвођач.

Ако гаранцију даје продавац (трговачка гаранција), онда је она повезана са уговором о продаји и најчешће представља саставни део, односно посебну клаузулу тог уговора. Уговорне стране су исте као и код уговора о продаји, тако да се гаранција „утапа“ у тај уговор, при чему се испољава као извесно модификовање или проширење продавчеве законске одговорности за материјалне недостатке.

Код гаранције произвођача (произвођачка гаранција), гарант није идентичан са продавцем. Она се најчешће схвата као посебан једнострано обавезан уговор, који се на основу опште понуде произвођача закључује истовремено са уговором о продаји. Прихватам понуде за закључење уговора о продаји, купац истовремено прихвата и општу понуду произвођача за закључење уговора о гаранцији, с тим што је тај купчев прихват најчешће конклюдентан, јер се испољава у виду преузимања робе или гарантног листа. Уз то наводи се да такву понуду, с обзиром на то да је искључиво у његовом интересу (нуде му се права без обавеза), купац може да прихвати и обичним ћутањем (Радишић, 1973: 56). Али, гаранција произвођача може имати и карактер његовог једностраног обећања које га правно обавезује. Таква представа о гаранцији је нарочито присутна код потрошача (Радишић, 1973: 56), због чега се у потрошачком праву, независно од тога ко је њен давалац, гаранција поима као непосредно обећање даваоца гаранције о одређеним својствима и одликама робе (Можина, 2011: 30), односно као свака изјава којом њен давалац даје обећање у вези са робом, која се, како у чл. 6, ст. 1 Директиве о неким аспектима продаје потрошачке робе и пропратним гаранцијама (у даљем тексту: Директива),⁵ тако и у чл. 56, ст. 1 Закона о заштити потрошача Републике Србије (у даљем тексту: ЗЗП),⁶ квалификује као правно обавезујућа, под условима датим у изјави, као и оглашавању у вези са том робом.

5 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, „Official Journal L 171“.

6 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 62/2014 и 6/2016.

3. Уређење гаранције у бившем југословенском праву

У југословенском праву је, после Другог светског рата, био усвојен систем законске гаранције, јер су произвођачи одређених ствари (тзв. техничка роба) могли да их стављају у промет само ако су биле снабдевене гарантним листом. Изградња таквог система је започета доношењем Наредбе о одређивању услова под којима се могу стављати у промет поједини индустријски производи.⁷ Ову наредбу заменила је Наредба о одређивању посебних услова под којима се могу стављати у промет поједини индустријски производи.⁸ Први закон којим се уређује гаранција за исправно функционисање ствари био је Основни закон о промету робе од 1967. године,⁹ на основу којег је донета нова Наредба о одређивању производа који се могу стављати у промет само са гарантним листом и производа за које морају бити обезбеђени сервисно одржавање и потребни резервни делови.¹⁰ Закон о југословенским стандардима и нормама квалитета производа од 1974. године,¹¹ као и касније донети закони,¹² такође су предвиђали производе који се могу стављати у промет само са гарантним листом.

Гаранцију за исправно функционисање продате ствари, која се у југословенском Закону о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) предвиђа код уговора о продаји,¹³ карактерисала су наведена општа обележја гаранције. И она је садржала тврдњу даваоца гаранције (произвођача) да ће ствар (тзв. техничка роба) коју купац купује исправно функционисати у току одређеног времена, рачунајући од њене предаје купцу, као и да ће ствар, уколико се његова тврдња не оствари, оправити или заменити. За настанак ове гаранције било је довољно да продавац преда купцу гарантни лист, а купац је стицао право да, ако ствар не функционише исправно, захтева како од продавца тако и од произвођача да ствар оправи

7 Наредба је објављена у *Службеном листу ФНР Југославије*, бр. 25/59.

8 Наредба је објављена у *Службеном листу ФНР Југославије*, бр. 17/62.

9 Закон је објављен у *Службеном листу СФР Југославије*, бр. 1/67.

10 Наредба је објављена у *Службеном листу СФР Југославије*, 43/68.

11 *Службени лист СФР Југославије*, бр. 2/74. Његовим ступањем на снагу престале су да важе одредбе Основног закона о промету робе о гаранцији за исправно функционисање ствари.

12 Закон о стандардизацији (*Службени лист СФР Југославије*, бр. 37/88 и 23/91 и *Службени лист СР Југославије*, бр. 24/94), као и Закон о стандардизацији (*Службени лист СР Југославије*, бр. 30/96, 59/98, 70/2001 и 8/2003).

13 Чл. 501–507 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – Одлука УСЈ и 57/89, као и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 – Уставна повеља.

у разумном року или да му уместо ње преда ствар која функционише исправно.¹⁴

Међутим, она је имала и своје особености. То је, пре свега, био њен принудни карактер, јер се посебно прописивало да се одређене врсте техничких роба могу стављати у промет само са гарантним листом њених произвођача. И дужина гарантног рока у гарантном листу морала је бити у складу са прописаним минималним гарантним роковима за поједине врсте техничких роба, тако да је била искључена могућност одређивања краћег рока од прописаног, али је одређивање дужег рока било дозвољено (Јерковић, 1980: 27; Пановски, 1981: 17; Вељковић, 1993: 16). Уз то, гаранцију за исправно функционисање продате ствари карактерисало је и то што су, на основу гаранције произвођача, гарантне обавезе настајале и за продавца.¹⁵ Већи број аутора правдао је такво решење разлозима рационалности и потребом за бољом заштитом интереса купца (Царић, 1966: 31; Милошевић, 1968: 214; Пановски, 1981: 18), али и ставом да гаранцију, због уске повезаности са уговором о продаји, треба сматрати саставним делом тог уговора, а тиме и правним основом одговорности не само произвођача, који је дао гаранцију, већ и продавца (Спировић-Јовановић, 1975: 34). Само поједини аутори су сматрали да би по основу гаранције требало да одговара само лице које је издало гарантни лист, односно да је неприхватљиво да, поред гаранта, купцу одговара и продавац (Радишић, 1972: 61).¹⁶ После доношења 300 више није било спорно да по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари поред произвођача одговара и продавац, а превладао је и став да је њихова одговорност солидарна (Јерковић, 1980: 28; Вукчевић, 1985: 89; Симоновић, 2004: 530).¹⁷ Ипак, право на раскид уговора и снижење цене купаца је могао да остварује само од продавца, јер је са њим закључио уговор о продаји (Капор, 1980: 1004; Јерковић, 1980: 33; Пановски, 1981: 23; Митровић, 1995: 950; Симоновић, 2006: 182).

Гаранцију за исправно функционисање продате ствари 300 уређује у истом одсеку у којем је уређена и одговорност за материјалне недостатке ствари, што упућује на закључак да су то два сродна института која дејствују паралелно (Јовановић-Спировић, 1975: 94; Јерковић, 1980: 26; Можина, 2011: 35). Они су самостални, одвојени и међусобно различити (Јовановић-Спировић, 1975: 95), а повезује их то што су усмерени ка заштити истог

14 Чл. 501, ст. 1 300.

15 Чл. 501, ст. 1 300.

16 „Ако гаранцију даје произвођач, продавац има само улогу гласоноше. Продавац не даје никакву посебну изјаву у име и за рачун гаранта, већ преузима само техничке радње преношења његове изјаве воље“ (Радишић, 1973: 55).

17 Више о томе: Николић (2013: 244–249).

интереса купца (Можина, 2011: 35). У том смислу и 300 прописује да се правилима о гаранцији за исправно функционисање продате ствари не дира у правила о одговорности продавца за материјалне недостатке ствари,¹⁸ што упућује на закључак да купац техничке робе може по свом избору алтернативно користити или захтеве према продавцу по основу уговора о продаји или захтеве према продавцу и/или произвођачу по основу гаранције (Капор, 1980: 1001; Симоновић, 2004: 527; Можина, 2011: 35; Вујисић, 2016: 701).¹⁹ Захтеви по оба основа не могу се кумулирати, али купац може, уколико са захтевом не успе у потпуности по једном, захтев допунити по другом основу (Капор, 1980: 1001–1002; Симоновић, 2004: 527; Можина, 2011: 35), односно може да их кумулира само под условом да оно не доводи до неоснованог обогаћења (Спировић-Јовановић, 1975: 99).

300 прописује да се права купца према произвођачу по основу гарантног листа гасе по истеку једне године рачунајући од дана кад је од њега тражио оправку или замену ствари (чл. 507). У том року преклузивног карактера купац је дужан и да поднесе тужбу (Капор, 1980: 1005; Симоновић, 2004: 539). У одредби се не помиње продавац, што је оцењено као „недоследност и лутање законодавца“, јер није доследно спровео концепцију да произвођач и продавац одговарају купцу солидарно (Митровић, 1995: 952). Отуда и став да купац не губи права према продавцу по основу гаранције, него да она застаревају и то у општем року застарелости (Митровић, 1995: 953). Ипак, већи број аутора сматра да рок у којем се гасе права купца према произвођачу треба проширити и на гашење његових права према продавцу (Капор, 1980: 1005), односно да се наступање преклузије према произвођачу истовремено проширује и на продавца, како због тога што се гаранција заснива на гарантном листу који издаје произвођач (Јерковић, 1980: 34), тако и зато што је продавчева обавеза по основу гарантног листа акцесорне природе (Вуклијаš, Vizner, 1979: 1665).

4. Гаранција у праву Европске уније

У праву Европске уније гаранција је уређена Директивом 1999/44/ЕУ. Том директивом се уређује материја која се у 300 назива одговорношћу за материјалне недостатке. Њен циљ је био минимално усклађивање права држава чланица у тој области (чл. 1, ст. 1), што им оставља могућност да

18 Чл. 501, ст. 2 300

19 Супротно становиште заступа Митровић (1995: 945): „Сматрамо да је законска одговорност продавца за материјалне недостатке ствари супсидијарна у односу на законску одговорност по гаранцији, а да се њена правила примењују ако примена правила о одговорности по гаранцији не би омогућила купцу да оствари своја права“.

у националном законодавству, нарочито у вези са гаранцијом,²⁰ предвиде и строжија заштитна правила (чл. 8, ст. 2).

Директива се примењује на уговоре којима продавац продаје потрошачу потрошачку робу. Потрошачем се сматра физичко лице које у тим уговорима делује изван своје делатности, свог посла или занимања (чл. 1, ст. 2, тач. а), док се продавцем сматра физичко или правно лице које продаје потрошачку робу у оквиру своје делатности, свог посла или занимања (чл. 1, ст. 2, тач. ц). Потрошачка роба је покретна ствар, осим: робе продате у поступку принудне наплате, воде и плина ако се не продају у ограниченој количини или обиму, као и електрична енергија (чл. 1, ст. 2. б).

Гаранција се дефинише као „свака обавеза коју произвођач или продавац преузима према потрошачу без додатног плаћања, а којом се обавезује да ће вратити цену, заменити или поправити потрошачку робу или обезбедити друго средство ако потрошачка роба нема особине наведене у гаранцији или у одговарајућем огласу“.²¹

Бесплатност гаранције је њена битна одлика по којој се она разликује од постпродајних услуга за које се плаћа посебна цена (Вујисић, 2016: 706). Ако се уговори накнада, онда то више није гаранција, што омогућава да се уговарањем, чак и симболичне накнаде, искључи примена Директиве. Међутим, гаранција никада није потпуно бесплатна, јер се трошкови гаранције редовно укључују у цену робе. Због тога се у појединим државама ЕУ решења из Директиве примењују и на плаћене гаранције.²²

Принципијелно опредељење из Зеленог папира о гаранцијама за потрошачку робу и постпродајне услуге (у даљем тексту: Зелени папир) јесте добровољност гаранције,²³ тако да Директива не предвиђа обавезу давања гаранције. Али, ако је гаранција дата, она је „правно обавезујућа под условима датим у гарантовој изјави или релевантној рекламној поруци“.²⁴

20 За разлику од гаранције, одговорност за несаобразност робе уговору Директива уређује доста детаљно, тако да се, у том погледу, она наводи као пример тзв. квалитативног развоја поступка уједначавања права Држава чланица. Ова директива својим веома прецизним правилима и правничким терминима губи своју првобитну улогу пуког средства уједначавања права Држава чланица, те се својим садржајем и дејством све више приближава некој врсти закона Европске заједнице (Baretić, 2002: 174).

21 Чл. 1, ст. 2, тач. е) Директиве.

22 Аустрија (чл. 96 Закона о заштити потошача), Холандија (чл. 7:6а Грађанског законика), и Чешка (чл. 598 и 620(5) Грађанског законика).

23 Green Paper on Guarantees goods and After-Sales services, COM (93) 509 final, 5–6.

24 Чл. 6, ст. 1 Директиве.

При томе, пошто је везаност гаранта садржином гаранције разумљива сама по себи, тежиште је на везаности гаранта за рекламне изјаве, јер и такве изјаве, с обзиром на то да најчешће раније допиру до потрошача, треба узимати у обзир приликом просуђивања његових очекивања (Pfeiffer, 2005: 4215).

У Директиви се посебно наглашава начело транспарентности гаранције. Наиме, иако се у њој не прецизира садржај гарантове обавезе, будући да она зависи од воље гаранта, Директива ипак поставља одређене захтеве у погледу њене садржине. Давалац гаранције у њој мора изричито напоменути да потрошач, према важећем националном законодавству о продаји потрошачке робе, има одређена законска права, као и да нагласи да гаранција не утиче на та права (чл. 6, ст. 2, ал. 1), односно да важи уз та права и да их не замењује нити ограничава. Тиме се спречава обмана потрошача.²⁵ Они често нису ни свесни својих законских права, већ рачунају само са правима по основу гаранције. Уз то, да би потрошач могао да донесе за себе најбољу одлуку, он треба да зна шта му као своју конкретну предност нуде поједини продавци (садржај гаранције), али и на шта у сваком случају има право (законска права) (Можина, 2011: 41).

Директива не садржи детаљније одредбе о садржини гаранције, јер давалац гаранције, по правилу, слободно одлучује не само о давању гаранције, већ и о њеној садржини. Из одредаба Директиве произлази да садржину гаранције чине три групе елемената: спецификације, односно обећања у вези са робом, услови под којима је гаранција понуђена и правна средства поводом гаранције.²⁶ Спецификације обухватају опис, својства и техничке карактеристике робе, као и указивање на недостатке робе покривене гаранцијом. Услови гаранције су поступци које потрошач треба да предузме да би му гаранција постала доступна (формални услови), као и услови који се односе на садржину, временско трајање, територијално важење и преносивост односно непреносивост гаранције (материјални услови). Правна средства која постоје по основу гаранције видљива су из саме дефиниције гаранције. То су повраћај уплаћеног новца, замена или поправка робе и поступање са робом на други начин (чл. 2(е) Директиве). При томе, Директива не прави никакву хијерархију између наведених правних средстава, већ све то препушта вољи даваоца гаранције, који то уређује гаранцијом.

²⁵ У правној теорији се наводи да је „главни циљ Директиве 1999/44/ЕУ обезбеђење спречавања обмане потрошача“ (Вујисић, 2016: 705).

²⁶ У теорији се сматра да садржина гаранције обухвата: саму гаранцију, односно обећање, правна средства у случају неиспуњења обећања и друге битне услове гаранције (Twigg-Flessner, 2003: 163).

Видљивост гаранције појачава и захтев Директиве да се, једноставним и лако разумљивим језиком, потрошачу морају предочити садржина гаранције и услови за остваривање права из гаранције, а посебно треба да буде наведено трајање гаранције, територија на којој она важи, као и име и адреса даваоца гаранције (чл. 6, ст. 2, ал. 2).

Директива не одређује посебну форму гаранције, али прописује да се потрошачу, на његов захтев, мора издати гаранција у писаном облику или на другом трајном носачу података, који је потрошачу доступан (чл. 6, ст. 3). Гаранција за робу којом се тргује на територији државе чланице сачињава се на једном или више службених језика Европске уније, које бира држава чланица (чл. 6, ст. 4).

Уколико гаранција није дата у складу са неким од наведених правила, то неће утицати на њену пуноважност, јер Директива предвиђа да и у том случају потрошач може захтевати од гаранта да испуни обавезе које је гаранцијом преузео (чл. 6, ст. 5).

Директива не садржи диспозитивне одредбе које би надомештавале поједине елементе гаранције који у њој нису уређени, што представља један од њених највећих недостатака (Вујисић, 2016: 709–710), који се и у Зеленом папиру дефинише као недостатак општег правног оквира који би се примењивао на трговачке гаранције.²⁷ С тим у вези је и став да то питање треба да уреде национална права (Вујисић, 2016: 709).

5. Гаранција у актуелном српском праву и у преднацрту Грађанског законика Републике Србије

Уређење гаранције за исправно функционисање продате ствари се у српском праву уопште није мењало, ни после напуштања система законске гаранције, што је уследило са престанком важности прописа који су предвиђали да се одређени производи могу стављати у промет само са гарантним листом. С друге стране, прописима о заштити потрошача предвиђа се посебна добровољна гаранција произвођача или продавца која је преузета из Директиве 1999/44/ЕУ. У међувремену је публикован и Преднацрт ГЗРС-а, који гаранцију за исправно функционисање продате ствари уређује исто као и српски ЗОО. При томе, очигледно је да су, код уређења гаранције у ЗОЗП-у, његови редактори потпуно игнорисали одредбе српског ЗОО, као што су и редактори Преднацрта ГЗРС-а, уређујући гаранцију за исправно функционисање продате ствари, потпуно игнорисали одредбе ЗОЗП-а.

²⁷ Green paper on Guarantees for Consumer goods and After-Sale services, COM (93) 509 final, 79.

Редактори ЗОЗП-а ослањали су се искључиво да одредбе из Директиве, тако да се њихов рад на њеној имплементацији сводио на доследно преузимање њених одредаба, тј. превасходно на посао преводилаца и лектора. Ипак, из Директиве није преузета дефиниција гаранције,²⁸ већ се гаранција дефинише као свака изјава којом њен давалац даје обећање у вези са робом, која је правно обавезујућа под условима датим у изјави, као и оглашавању у вези са робом (чл. 54, ст. 1). Из тако одређеног појма не види ко су даваоци гаранције, каква је њена садржина, као и њен бесплатан карактер.

У ЗОЗП-у се апострофира гарантни лист као исправа у писаном или електронском облику, односно на другом трајном носачу записа, која садржи све податке из гаранције, наведене на јасан и читљив начин, лако разумљивим језиком,²⁹ с тим што се не одређује који је то језик. Законом се, иначе, потпуније него у Директиви, одређују подаци из гаранције, који се уносе у гарантни лист.³⁰ По угледу на Директиву,³¹ и ЗОЗП прописује да се у гаранцији мора навести да потрошач има законска права по важећем законодавству о продаји потрошачке робе (права по основу несаобразности), као и објашњење да гаранција не искључује нити утиче на та права.³² Исто тако, давалац гаранције је дужан да на захтев потрошача изда гарантни лист, који се, по правилу, сачињава у писаном облику, на папиру, а уколико се потрошач са тим сагласи, гарантни лист му се може издати у електронском облику или на другом трајном носачу записа који му је доступан.³³ Преузета је и одредба из Директиве да повреда неке обавезе у погледу садржине гаранције, односно гарантног листа не утиче на пуноважност гаранције, тако да потрошач може захтевати да се гаранција испуни у складу са датом изјавом (чл. 54, ст. 5 ЗОЗП).

ЗОЗП садржи и одредбу о забрани злоупотребе израза гаранција,³⁴ коју Директива не предвиђа. Она је, иначе, код уређења гаранције непотребна,

28 Чл. 2, ст. 2 (е): „гаранција: означава сваку обавезу, коју продавац или произвођач преузима према потрошачу без додатног плаћања а којом се обавезује да ће вратити цену, заменити или поправити потрошачку робу или обезбедити друго средство, ако потрошачка роба нема својства наведена у гаранцији или објављеном огласу“.

29 Чл. 6, ст. 2, ал. друга Директиве; Чл. 54, ст. 2 ЗОЗП.

30 Чл. 54, ст. 2 ЗОЗП.

31 Чл. 6, ст. 2, алинеа прва.

32 Чл. 54, ст. 2, алинеа прва.

33 Чл. 54, ст. 3 и 4 ЗОЗП.

34 Чл. 55 ЗОЗП: „При закључењу уговора о продаји робе и оглашавању поводом продаје, трговац је дужан да се уздржи од употребе узраза ‚гаранција‘ и израза с тим значењем, ако по основу уговора о продаји потрошач не стиче више права него из

јер се у оквиру непоштене пословне праксе, коју ЗОЗП забрањује (чл. 17, ст. 1), као један од облика обмањујуће пословне праксе наводи „представљање права која су потрошачу гарантована законом као посебне погодности коју трговац нуди потрошачу“ (чл. 21, тач. 10), што је управо случај са злоупотребом израза гаранција.

Редактори ЗОЗП снажно су се ослањали на одредбе из Директиве, које су, бар у односу на гаранцију, биле усмерене на минимално усклађивање. Руковођени таквим опредељењем, они то минимално уређење гаранције нису скоро ни у ком погледу допуњавали или прецизирали. О признавању неких додатних права српским потрошачима вероватно нису ни размишљали.³⁵ Због тога се чини да су заиста пропустили прилику да, ослањајући се на одредбе о гаранцији за исправно функционисање продате ствари из ЗОО, диспозитивним одредбама детаљније уреде одређена питања у вези са гаранцијом, што би српским потрошачима обезбеђивало већи степен правне сигурности и нешто виши ниво заштите.

Ипак, због бројних проблема који су у примени гаранције искрсавали, редактори ЗОЗП-а су били принуђени да законом детаљније уреде питање рекламације.³⁶ Али, пропустили су да, у складу са Директивом,³⁷ посебно предвиде да се права која произлазе из Директиве остварују без задирања у друга права која потрошачи могу остваривати према националним прописима о уговорној или неговорној одговорности.

С друге стране, редакцијом одредаба о гаранцији за исправно функционисање продате ствари нису се „прославили“ ни редактори Преднацрта ГЗРС-а, јер су потпуно игнорисали промене које су се последњих година догодиле управо у вези са гаранцијом у потрошачком праву. Те промене су уследиле доношењем новог Закона о стандардизацији Државне заједнице Србија и Црна Гора од 2005. године,³⁸ који уопште не предвиђа законску обавезу произвођача одређених производа да их могу стављати у промет само са гарантним листом. Таква обавеза се не предвиђа ни актуелним Законом о стандардизацији Републике Србије.³⁹ Међутим, иако

законске одговорности трговца за несаобразност робе уговору, односно других права у складу са овим законом“.

35 Чл. 8, ст. 2 Директиве предвиђа да државе чланице могу, на подручју које се њоме уређује, задржати или предвидети строже одредбе, које су сагласне са Уговором, да би се обезбедио виши ниво заштите потрошача.

36 Чл. 56 српског ЗОЗП.

37 Чл. 8, ст. 1 Директиве.

38 Закон о стандардизацији објављен је у *Службеном листу СЦГ*, бр. 44/2005.

39 Закон о стандардизацији је објављен у *Службеном гласнику РС*, бр. 36/2009 и 46/2015.

је престало важење последњег закона који је представљао основ за њихово доношење,⁴⁰ субдина подзаконских аката који су произвођаче одређених производа обавезивали на издавање гарантног листа била је различита. За један број тих аката се, после усвајања Стратегије регулаторне реформе у Републици Србији за период 2008–2011. године,⁴¹ наредбама прописује да су престали да важе,⁴² јер су ресорни министри оценили да се ради о непотребним прописима, док за друге такве акте није прописано да су престали да важе.⁴³ И то је, у ствари, једна контроверза у вези са уређењем гаранције у српском праву. Она се, ипак, може сматрати привидном не само због тога што је очигледно да се ради о превиду насталом у једној доста хаотичној нормативној активности, већ и због опадања законског основа за даље важење тих подзаконских аката. Уосталом, уопште није спорно да је Законом о стандардизацији од 2005. године дефинитивно напуштен систем законске гаранције, тако да је гаранција за исправно функционисање продате ствари из 300 убудуће могла да функционише само ако је била посебно уговорена.

Друга контроверзавезана је за произвођачку гаранцију у актуелном српском праву код које су, по основу такве гаранције, одговорни и произвођач и продавац, чиме се проширују права купца, што Директива 1999/44/ЕУ начелно не искључује (Можина, 2011: 47). Међутим, такво решење, ипак,

40 Закон о стандардизацији, *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 59/98, 70/2001 и 8/2003.

41 *Службени гласник РС*, бр. 94/2008.

42 Наредба о престанку важења одређених наредби (*Службени гласник РС*, бр. 34/2011), као и Наредба о престанку важења Наредбе о одређивању производа који се могу стављати у промет само ако су снабдевени гарантним листом, техничким упутством и списком овлашћених сервиса и о најмањем трајању гарантног рока за те производе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 5/78, 4/81 – др. наредба, 9/81 – др. наредба, 17/85 – др. наредба и 41/87) (*Службени гласник РС*, бр. 4/2012).

43 Наредба о одређивању електромедицинских уређаја, односно опреме који се могу стављати у промет само ако су снабдевени гарантним листом и техничким упутством, и о најмањем трајању гарантног рока и рока обезбеђеног сервисирања за те уређаје, односно опрему (*Службени лист СФРЈ*, бр. 66/80); Наредба о одређивању апарата за гашење пожара који се могу стављати у промет само ако су снабдевени гарантним листом и техничким упутством, и о најмањем трајању гарантног рока и рока обезбеђеног сервисирања за те апарате (*Службени лист СФРЈ*, бр. 45/81); Наредба о одређивању гасних апарата за домаћинство који се могу стављати у промет само ако су снабдевени гарантним листом и техничким упутством, и о најмањем трајању гарантног рока и рока обезбеђеног сервисирања за те апарате (*Службени лист СФРЈ*, бр. 4/81); Наредба о одређивању производа аутомобилске индустрије који се могу стављати у промет само ако су снабдевени гарантним листом и техничким упутством, и о најмањем трајању гарантног рока и рока обезбеђеног сервисирања за те производе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 9/81 и 62/84).

није у потпуном складу са Директивом, јер је, према решењу које је у њој усвојено, по основу гаранције одговоран само њен давалац. Чини се да је такво решење сасвим логично. Уз то, оно отклања извесне дилеме које, иначе, прате истовремену одговорност произвођача и продавца.

На домашај гаранције за исправно функционисање продате ствари, односно на њена вишеструка ограничења, надовезује се још једна контроверза. Гаранција за исправно функционисање продате ствари настаје, по правилу, тек са предајом гарантног листа, ограничена је само на производе који имају карактер тзв. техничке робе, као и на функционалне недостатке такве робе. Уз све то, примена гаранције за исправно функционисање продате ствари је, после доношења актуелног ЗОЗП-а од 2014. године, ограничена само на оне уговоре о продаји који немају карактер тзв. потрошачких уговора.⁴⁴ Таква гаранција имала је своје оправдање, као некакав минимум заштите купаца, у систему законске гаранције, али се чини да потреба за таквим посебним режимом гаранције, у систему уговорне гаранције, уопште не постоји. Штавише, та два различита режима уговорне гаранције само би изазивала непотребну конфузију у њиховој примени.

Поред напред наведеног, чини се и да редактори Преднацрта ГЗРС-а, преузимајући без икаквих измена и допуна одредбе о гаранцији за исправно функционисање продате ствари из ЗОО, као да нису имали слуха ни за какве промене у уређењу гаранције. Због тога се може рећи да су пропустили прилику да у Преднацрту ГЗРС-а предложи једно ново уређење гаранције, које би било принципијелније, функционалније и целисходније, што је, опет, још једна својеврсна и веома озбиљна контроверза. Редактори Преднацрта ГЗРС-а су, пре свега, пропустили прилику да се, по угледу на Директиву 1999/44/ЕУ, определе за један знатно шири појам гаранције у односу на гаранцију за исправно функционисање продате ствари, која је била ограничена само на тзв. техничку робу.⁴⁵ Она би се могла означити као гаранција за исправност продате ствари.⁴⁶ Пропуштена је и прилика да се

44 У Директиви се не дефинише појам потрошачког уговора о продаји, али је очигледно да је то уговор о продаји закључен између потрошача (свако физичко лице које на основу уговора делује у сврхе које нису намењене његовој пословној или професионалној делатности) и продавца (свако физичко или правно лице које на основу уговора продаје потрошачку робу у оквиру своје трговинске, пословне или професионалне делатности).

45 У том смислу и проф. Радишић сматра да се таквим изразом сужава домашај гаранције, па се залаже за израз „гаранција за трајан квалитет“ као свеобухватнији (Радишић, 1972: 20).

46 Она је тако била означена у чл. 21, ст. 2. првог српског Закона о заштити потрошача (Службени гласник Републике Србије, бр. 79/2005), а тако је означена и у чл. 423 хрватског

гаранција предвиди као један општи (универзални) правни институт, који би се примењивао на све уговоре о продаји, јер нема ниједног озбиљнијег разлога за двојни режим уговорне гаранције. Исто важи и за минималне захтеве за усклађивањем права Држава чланица из Директиве, који имају своје оправдање и треба да важе за све купце. Уз све то, логичније би било да по основу дате гаранције одговара само њен давалац, јер би таквим опредељењем нестале и недоумице које пратиле раскид уговора и губитак права код гаранције за исправно функционисање продате ствари. На крају, као један шири диспозитивни правни оквир гаранције, могле би да послуже и одредбе о гаранцији за исправно функционисање продате ствари које се односе на тражење оправке или замене ствари, продужење гарантног рока, раскидање уговора и снижење цене, трошкове и ризик, одговорност коопераната, као и на губитак права. Њиме би се купцима обезбеђивао не само већи степен правне сигурности, већ и нешто виши ниво заштите. То је, уосталом, и пут којим је кренуло немачко право, а следе га и хрватско, македонско и црногорско право.

6. Закључак

Анализа појма гаранције, као и анализа гаранције у бившем југословенском праву, праву ЕУ, као и у актуелном српском праву и публикованом Преднацрту ГЗРС-а, показује да постоје озбиљне контроверзе у вези са уређењем гаранције у актуелном праву Републике Србије, које ни у Преднацрту ГЗРС-а нису разрешене.

У српском праву је доношењем Закона о стандардизацији од 2005. године напуштен систем законске гаранције, тако да је гаранција за исправно функционисање продате ствари наставила да функционише као уговорна гаранција. Доношењем Закона о заштити потрошача од 2010. године, српско право је добило још један облик добровољне гаранције, који је знатно шире конципиран и примењује се на потрошачке уговоре. Такво уређење гаранције показало је постојање одређених контроверзи чије превазилажење претпоставља: 1) усвајање ширег појма гаранције, по угледу на појам гаранције из европског потрошачког права; 2) један општи (универзални) облик гаранције који би се примењивао код сваког уговора о продаји; 3) даваоца гаранције као једино одговорног лица, као и 4) један шири диспозитивни правни оквир гаранције по угледу на онај који се југословенским и српским 300 предвиђа код гаранције за исправно функционисање продате ствари .

Закона о обвезним односима (*Народне новине Републике Хрватске*, 35/05, 41/08, 125/11 и 78/15).

Литература/References

Аранђеловић, С. (1967). Садржина обавезе гаранције произвођача, *Анали Правног факултета у Београду*, 2–3, 275–282.

Baretić, M. (2002). *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, D. Hrabar (ur.). *Europsko privatno pravo*. Zagreb. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 147–203.

Bukljaš, I, Vizner, B. (1979). *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima. Knjiga 3*. Zagreb.

Вукчевић, Б. (1985). Гаранција за исправно функционисање продате ствари, *Судска пракса*, 9. 88–91.

Јерковић, Л. Ј. (1980). Гаранција за исправно функционисање продате ствари, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 5. 26–37.

Капор, В. (1980). Коментар 454-526 ЗОО, Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (редактори). *Коментар Закона о облигационим односима I*. Београд. Савремена администрација.

Милошевић, Љ. (1968). Гаранција за исправан рад проданог производа, *Наша законитост*, 3. 211–215.

Митровић, Д. (1973). Уговорна гаранција за квалитет и функционисање код међународне продаје индустријске робе серијске производње, *Правни живот*, 11. 67–82.

Митровић, Д. (1995). Коментар чл. 454–507 ЗОО. Слободан Перовић (Главни редактор). *Коментар Закона о облигационим односима, II књига*. Београд. Савремена администрација.

Можина, Д. (2011). Гаранција за исправно функционисање у југословенском и европском праву, *Право и привреда*, 1–3. 29–51.

Николић, Л. Ђ. (2013). Одговорна лица по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 65. 237–252.

Пановски, С. (1981). Гаранција за исправно функционисање продате ствари, *Привредно-правни приручник*, 5. 13–25.

Pfeiffer, T. (2005). *Komentar čl. 6 Директиве 1999/44/ЕЗ. У: Anwaltkommentar BGB*.

Радишић, Ј. (1972). *Гаранција за трајан квалитет и одговорност за штету од ствари са недостатком*. Београд.

Радишић, Ј. (1973). Гаранција из исправно функционисање продате ствари, *Правни живот*, 11. 51-65.

Симоновић, Д. (2004). Гарантна одговорност у грађанској и потрошачкој легислативи, *Правни живот*, 10. 523–543.

Симоновић, Д. (2006). *Коментар Закона о заштити потрошача*, Београд.

Спировић-Јовановић, Л. (1975). *Гарантија за исправно функционисање ствари*. Београд.

Twigg-Flessner, Ch. (2003). *Consumer Product Guarantees*. Ashgate.

Царић, С. (1966). Гаранција за својства и функционисање ствари, *Привредно-правни приручник*, 12. 27–33.

Dorđe L. Nikolić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

GUARANTEE AND SOME CONTROVERSIES REGARDING THE REGULATION OF THE GUARANTEE IN THE CURRENT SERBIAN LAW

Summary

In the present day, the warranty has become a very important legal remedy for the protection of the economic interests of the buyer, which enables him to buy goods which are in conformity with the contract, along with other promised characteristics. The paper discusses the concept, the origin and the legal nature of the warranty, the warranty in the former Yugoslav law, the warranty in the European Union law, as well as the warranty in the current Serbian law and the Pre-Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia. In the contemporary law, and especially in the European Union law, a system of contractual (voluntary) warranty has been adopted, but the warranty is defined and understood not only as a contract, but also as a unilateral promise. The analysis of the warranty in Serbian law displays certain controversies, which are not resolved in the above-mentioned Pre-Draft. The author advocates for the adoption of a broader concept of guarantee, which, as a general form of guarantee, would be regulated by the Act on Obligations, or the future Civil Code of the Republic of Serbia. The author advocates for the guarantor as the sole person liable, as well as for a wider, dispositive legal framework for guarantee, which would provide buyers with a higher level of legal security and a slightly higher level of protection.

Keywords: *warranty (guarantee), guarantee for the proper functioning of things, guarantee for the rightness of goods, warranty card.*

Др Срђан Голубовић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881069G

UDK: 338.23:336.711(497.11)
336.711

Рад примљен: 23.09.2018.
Рад прихваћен: 10.11.2018.

ПРАВНИ ОСНОВ ОДГОВОРНОСТИ НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ ЗА ОЧУВАЊЕ МОНЕТАРНЕ И ФИНАНСИЈСКЕ СТАБИЛНОСТИ**

Апстракт: У обављању својих функција, Народна банка Србије ужива висок степен независности и самосталности. Овакав положај треба да предупреди појаву екстерних утицаја који централну банку ограничавају у успостављању и очувању монетарне и финансијске стабилности. То, међутим, не значи да је независност и самосталност централне банке апсолутна, нити да представља оправдање за њену изолацију и изостанак сарадње са осталим субјектима економске политике. У том смислу, специфичност положаја централне банке у односу на извршну и законодавну власт намеће потребу развијања одговарајућих механизма демократске контроле. Према домаћем законодавству, Народна банка Србије, не доводећи у питање реализацију циљева који су јој поверени, сарађује са владом, као субјектом економске политике, а за свој рад одговара парламенту. У раду се разматрају легалне претпоставке за јачање одговорности централне банке и ублажавање проблема демократског дефицита.

Кључне речи: Народна банка Србије, монетарна и финансијска стабилност, транспарентност и одговорност.

* golub@prafak.ni.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Нужност постојања одговарајућих механизма за утврђивање одговорности централне банке наметнута је специфичним положајем који централна банка има у односу на извршну и законодавну власт. Међу економистима, али и међу правницима који се баве монетарним правом постоји широки консензус о томе да централна банка, као институција која води монетарну политику, треба да ужива висок степен независности. По узору на развијене земље, пре свега европске, и Србија је централну банку дефинисала као независну институцију. Статус, циљеви, задаци и организација централне банке код нас детаљно су регулисани Законом о Народној банци Србије (НБС) из 2003. године (који је до данас више пута мењан и допуњаван) и Уставом из 2006. године.¹ Према нашем законодавству, Народна банка Србије (НБС) је самостална и независна финансијска институција. Овакав правни статус централне банке, према владајућој монетарној парадигми, наметнут је потребом да се централна банка заштити од политичког утицаја, односно појаве да се, ради политичке користи, монетарна политика злоупотребљава. Осим тога, концепт независне централне банке организацијски обезбеђује да се вршење монетарне власти препусти онима који поседују неопходна стручна знања. Међутим, овакав положај централне банке у односу на друге органе власти намеће потребу развијања одговарајућих механизма који ће ову институцију учинити демократски одговорном. То значи да независност монетарних власти није апсолутна и да постоји обавеза централне банке да објасни, односно оправда одлуке које доноси у обављању поверених задатака, чиме се, уједно, оставља и могућност законодавној, односно извршној власти да процењује одговорност централне банке за примењену монетарну политику. У раду се анализира правни положај Народне банке Србије и сагледава потреба евентуалних промена које би осигурале већи степен одговорности у раду централне банке. Након анализе правног положаја Народне банке Србије, у другом делу рада анализира се одговорност централне банке за реализацију циљева који су јој поверени. У последњем делу рада разматрају се механизми који стоје на располагању законодавној и извршној власти у остваривању контроле над радом Народне банке Србије.

¹ Чл. 2 Закона о Народној банци Србије, Сл. гласник РС, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – др. закон, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – одлука УС и 44/2018; Устав Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 98/2006.

2. Правни положај Народне банке Србије

Према позитивноправним прописима, Народна банка Србије (НБС) је самостална и независна у конципирању и вођењу монетарне и девизне политике и обављању других функција утврђених законом. Независност централне банке у односу на извршну власт представља једно од основних начела савременог централног банкарства. У основи концепта независности је претпоставка да је стабилност цена фундаменталан циљ централне банке. Наглашавање важности стабилности цена темељи се на сазнању да инфлација, независно од тога да ли је антиципирана од стране јавности или није, узрокује енормне политичке, економске и друштвене трошкове. Међутим, реализација овог циља није вероватна уколико зависи од политичара који због краткоће изборног циклуса преферирају краткорочне циљеве или, пак, од политички зависне централне банке. Због тога, вођење монетарне политике и реализацију циља стабилности цена треба препустити аутономном субјекту који не зависи од избора и има дужи временски хоризонт.

Са теоријског становишта, независност централне банке представља решење за три различита, али међусобно повезана проблема:

Прво, независност чини отежаном доминацију фискалних власти (и политике) у односу на монетарне власти (и политику). Уколико монетарна власт има висок степен независности, онда она потпуно самостално доноси одлуке, што значи да фискалне власти морају тим одлукама да се прилагоде и испуне захтеве у погледу буџетског ограничења (Димитријевић, 2015: 312).

Друго, независност централне банке штити друштво од дисторзија изазваних изборним циклусима, односно појаве да су монетарне власти принуђене да, након експанзивне монетарне политике која претходи изборима, воде рестриктивну монетарну политику у постизборном периоду.

На крају, независност централне банке је решење за проблем временске неконзистентности у вођењу монетарне политике. Због проблема временског заостајања у спровођењу монетарне политике, централна банка је често принуђена да делује пре него што се јави стварна потреба за деловањем, како би ефекти предузетих акција дошли у прави тренутак. Уколико централна банка настоји да истовремено оствари конфликтне циљеве, стабилност цена и ниску незапосленост, она може доћи у ситуацију да води монетарну политику која је временски неусклађена. Оваква временски неконзистентна (*time inconsistent*) политика може на кратак рок утицати на смањење незапослености, али на дужи рок води повећању

инфлације. Проблем динамичке неконзистентности може се решити на два начина: поверавањем монетарне политике независном, конзервативном централном банкару или утврђивањем јасног мандата централне банке (Fischer, 1995: 201–202). И у једном и у другом случају препоручује се успостављање таквог положаја централне банке који ће јој омогућити независност у вођењу монетарне политике. Независност централне банке укључује: институционалну, функционалну (оперативну), персоналну и финансијску независност.

Степен институционалне независности централне банке процењује се на основу одредби којима се дефинише положај централне банке у односу на друге облике власти. Према Закону о НБС-у, Народна банка Србије и њени органи (укључујући и чланове тих органа) „у обављању својих функција не примају нити траже упутства од државних органа и организација, као ни од других лица“. Поред тога, истим чланом наглашава се обавеза државних органа, организација и других лица да својим радњама не угрожавају самосталност и независност централне банке, односно да не врше утицај на централну банку, њене органе, односно чланове тих органа.

Када говоримо о функционалној независности, првенствено је реч о независности централне банке у обављању поверених функција. Поред вођења монетарне и девизне политике, према чл. 4 Закона, централна банка обавља емисиону функцију, обезбеђује несметано функционисање платног промета у земљи и иностранству и спроводи поступак реструктурирања банака, односно чланова банкарске групе. У остваривању ових функција, Народна банка Србије потпуно самостално доноси одлуке о примени инструмента и мера предвиђених законом.

Полазећи од начина финансирања банке, доношења одлука о употреби сопствених финансијских средстава, расподеле добити, односно покривања евентуалног губитка (према чл. 78. Закона, уколико нису довољна средства централне банке – посебне резерве, односно основни капитал изнад нивоа минималног основног капитала – онда се користе буџетска средства или хартије од вредности које емитује Република Србија) Народна банка Србије ужива висок степен финансијске независности. Кључни индикатор за процену степена независности централне банке представља уношење у законодавство одредбе о забрани финансирања буџетског дефицита кредитима централне банке (Lastra, 2006: 49). Закон о НБС-у у члану чл. 62 садржи ову забрану која, у складу са европским стандардима, подразумева забрану одобравања кредита, позајмица, прекорачења по рачуну и других видова кредитних олакшица, држави, аутономној покрајини или јединицама локалне самоуправе, као и правним

лицима у којима су наведени субјекти оснивачи или имају контролно учешће. Забрана фискалног финансирања односи се и на давање гаранција или на други начин обезбеђивања измирења обавеза наведених правих лица. Финансирање фискалног дефицита монетарном експанзијом додатно је ограничено забраном куповина хартија од вредности које емитују наведени субјекти на примарном финансијском тржишту.

Поред већ поменутих индикатора, степен независности централне банке зависи и од начина на који је регулисано управљање централном банком (улога, статус и структура органа централне банке, поступак избора и трајање мандата гувернера, клаузула инкомпатибилности и сл). Према чл. 12 Закона, органи НБС-а су Извршни одбор, Гувернер и Савет гувернера. Чланове ових органа бира Народна скупштина на период од шест година, с тим што гувернера бира на предлог председника Републике Србије, директора Управе за надзор на предлог Одбора за финансије Народне скупштине, а вицегувернере на предлог гувернера НБС-а.

Увођење наведених елемената у законодавни оквир омогућава Народној банци Србије да, као независна институција, слободно доноси одлуке о програму монетарне политике и инструментима којима ће тај програм реализовати. Ову слободу ужива и када обавља остале функције које су јој законом поверене. Овакав правни положај штити Народну банку од политичког утицаја, односно појаве да се ради добијања политичке користи злоупотређава вођење монетарне политике.

3. Одговорност централне банке за монетарну и финансијску стабилност

Прихватање концепта независне централне банке не значи и њену слободу да, поред концепта монетарне политике, одређује и циљеве које ће том политиком остварити. Уместо тога, циљеве за чију је реализацију централна банка одговорна, као и њихов ранг се, по правилу, одређују законом. Доминација неолибераног приступа у конципирању економске политике утицала је на то да се већина земаља у монетарној сфери определи за приступ који подразумева издвајање једног циља као примарног (стабилност цена), чиме се стварају се услови да парламент и влада, али и јавно мњење могу много ефикасније да прате и контролишу успешност централне банке у оставаривању задатог циља, него што би то био случај уколико би централној банци био поверен већи број неранжираних циљева. Готово универзално прихватање ове парадигме покренуло је талас промена централнобанкарског законодавства, којима се, упоредо са увођењем независности врховне монетарне институције, дефинишу циљеви

централне банке и уједно одређује њихов приоритет (Lastra, 2015: 58). И наше законодавство не препушта централној банци дискрецију у избору циљева, већ експлиците одређује циљеве које ће она реализовати. Тако чл. 3 Закона о НБС-у предвиђа да је основни циљ централне банке „постизање и одржавање стабилности цена“. Закон, међутим, квантитативно не одређује која је то стопа инфлације прихватљива, нити са којом стопом инфлације се може сматрати да је постигнута монетарна стабилност. У настојању да дефинише правне оквири за вођење монетарне политике, Народна банка Србије је закључила споразум са Владом, којим је предвиђено да ће се стратегија монетарне политике спроводити применом режима циљане стопе инфлације.² Под циљном стопом инфлације подразумева се утврђивање инфлационог коридора унутар кога стопа инфлације може да се креће, а да се не сматра да је нарушена стабилност цена. Оно што треба имати у виду је то да се на овај начин циљана инфлација одређује као средњорочан циљ, што значи да су краткорочно, зависно од кретања на тржишту, могућа одступања од тако дефинисаног циља. Објављивањем задате вредности циљне инфлације дефинишу се оквири за одлучивање о монетарној политици на средњи рок и уједно стабилизују инфлациона очекивања економских субјеката.

Уколико жели да очува повољне макроекономске перформансе, централна банка не може да стоји по страни бринући искључиво о монетарној стабилности (Bernanke, 2013: 11). Глобална финансијска криза из 2007. године показала да од свих институција једино централна банка располаже потребним капацитетом да применом одређених инструмената спречи крах финансијског система. Више је разлога који оправдавају одговорност централне банке за финансијску стабилност. Прво, централна банка је једина институција која је овлашћена да емитује новац као законско средство плаћања и утиче на ниво непосредне ликвидности. Друго, централна банка је одговорна за несметано функционисање платног промета. И, најзад, централна банка је, по природи ствари, заинтересована за здраве финансијске институције и стабилно финансијско тржиште, које олакшава трансмисију монетарне политике (Schinasi, 2006: 137). Као одговор на глобалну финансијску кризу, лепеза циљева за чију реализацију је одговорна централна банка се шири тако што се, поред стабилности цена као приоритетног циља, све јасније утврђује одговорност централне банке и за финансијску стабилност. Мандат НБС-а за вођење макропруденционалне политике дефинисан је изменама и

2 Sporazum Narodne banke Srbije i Vlade Republike Srbije o ciljanju (targetiranju) inflacije od 19. decembra 2008. |Preuzeto 10. 5. 2018. https://www.nbs.rs/internet/latinica/30/memorandum_o_saglasnosti_NBS_i_Vlade.pdf.

допунама Закона о Народној банци Србије из 2010. године утврђивањем обавезе да, у оквиру своје надлежности, предузима активности и мере ради очувања и јачања стабилности финансијског система. Са овако дефинисаном надлежношћу, НБС се придружује групи централних банака чија се одговорност за финансијску стабилност готово изједначава са одговорношћу за вођење монетарне политике. Остваривање овог циља подразумева синхронизовано деловање више различитих чиниоца. Прва линија одбране обухвата активности банака и других финансијских институција предузетих у циљу минимизирања ризика са којима се суочавају у свом пословању. Другу линију одбране представља вођење микропруденционалне политике. У пракси се могу разликовати различита решења, почев од препуштања надлежности за функције надзора посебним институцијама до препуштања ове функције централној банци. Према Закону о НБС-у (чл. 8а) за обављање функције надзора над финансијским институцијама у оквиру Народне банке формира се посебно тело – Управа за надзор. И, најзад, трећи ниво одбране финансијске стабилности обухвата макропруденционалну политику. Закон о НБС-у надлежност за вођење макропруденционалне политике поверава централној банци. Према члану 4, тачка 4 Закона, Народна банка Србије „утврђује и спроводи, у оквиру своје надлежности, активности и мере ради очувања и јачања стабилности финансијског система“. Оно што треба имати у виду је да реализација циљева у погледу финансијске стабилности подразумева пуну посвећеност не само централне банке, већ и осталих субјеката који својим акцијама утичу на финансијске токове.

Монетарна и финансијска стабилност су фундаментални циљеви централне банке. Али, исто тако су и циљеви који имају велики утицај на успешност осталих сегмената економске политике. Стога, монетарна политика коју води централна банка не може да се посматра изоловано од економске политике коју води влада. Уважавајући ту повезаност, савремено монетарно законодавство настоји да нормира не само одговорност централне банке за монетарну и финансијску стабилност, већ предвиђа и њену обавезу да подржи реализацију осталих циљева економске политике. Тако се у и у Закону о НБС-у (чл. 3, ст. 3) прописује да је Народна банка дужна да, не доводећи у питање монетарну и финансијску стабилност, пружи подршку економској политици владе. Оно што недостаје у домаћем законодавству је конкретизовање циљева економске политике које НБС својом политиком подржава. Уместо тога, наглашава се да подршка општој економској политици треба да буде у складу са начелима тржишне привреде. Анализа норме садржане у наведеном члану Закона показује да је подршка спровођењу економске политике условне природе, с обзиром на

то да НБС настоји да реализује овај циљ само уколико се тиме не нарушава успостављена монетарна и финансијска стабилност. Исто тако, садржина норме показује да је јасно одређена хијерархија циљева централне банке, будући да она првенствено води рачуна о стабилности цена и финансијског система, па тек онда, и уколико је испуњен претходно наведен услов, и о подршци циљевима економске политике. Постојање скале приоритета циљева централне банке предупредује појаву било какве сумње у чврсту опредељеност централне банке да очува стабилност цена. Издвајањем монетарне стабилности као приоритетног циља сузбијају се инфлациона очекивања, која могу да угрозе настојања Владе да подстакне привредни раст. Дакле, у свом деловању централна банка првенствено води рачуна о остваривању основног циља, али се њена улога ту не завршава, будући да као битан субјект економске политике може и те како да утиче на остваривање осталих циљева економске политике. То, наравно, не значи да централна банка преузима одговорност за укупну економску политику. Остваривање осталих циљева економске политике и даље је надлежност владе, али оваквом одредбом се настоји да централна банка обављање поверених функција координира са владом, чиме се створа погодан амбијент за привредни раст и развој.

4. Механизми демократске контроле Народне банке Србије

Концепт независности централне банке представља институционално решење које, не само да штити ову институцију од политичких утицаја, већ отвара простор да се стручна питања извуку из ингеренција политичких тела. На тај начин, струка се ослобађа од политике, а систем управљања чини објективнијим и делотворнијим, јер су централни банкарски у доношењу својих одлука ослобођени интересних интервенција политике и власти. Захваљујући независности, монетарна власт је у позицији да води трајну и доследну политику, која не би била могућа уколико би њени субјекти били изложени политичком утицају променљивих влада (Vučković, 2015: 148). Главни аргумент у корист независности је да овакав статус представља гаранцију непристрасности и професионализма централне банке у вођењу монетарне политике. Међутим, поред несумњивих предности, концепт независности има и негативне стране. У демократским политичким системима давање независности некој институцији у обављању одређених функција власти нужно доводи до проблема демократског дефицита, односно намеће потребу увођења одговарајућих механизма демократске контроле. Наиме, уколико би централна банка била у пуној мери независна, онда ни парламент ни влада, као носиоци законодавне, односно извршне власти, не би били у позицији да утичу на њену активност. То би, такође,

значило да је концепт независности инкомпатибилан са одговорношћу централне банке, што значи да би у том случају могли да говоримо о реалној опасности да се овако важна полуга моћи оставља потпуно ван политичког надзора, односно да се уместо заштите јавних интереса ова институција ставља у функцију заштите интереса финансијских структура.

Наведени недостаци концепта независности долазе до изражаја у пуној мери уколико је реч о потпуно независној централној банци, која ужива пуну слободу у свом деловању. Међутим, централна банка није носилац неограничене власти. Препуштање монетарне власти институцији која има посебан положај у односу на демократски изабрана тела намеће потребу њене политичко-демократске контроле. Због тога се као противтежа моћи којом располаже централна банка развијају и у законодавство уграђују механизми који представљају гаранцију да ће врховна монетарна власт обављати поверене функције у интересу читавог друштва. Само успостављање демократске контроле укључује: *ex ante* контролу која подразумева дефинисање правила, стандарда и принципа који су унапред утврђени од стране демократски изабраних тела, и која ће бити поштована од стране одређених субјеката у обављању поверних функција; инструменте одговорности који омогућавају изјашњавање и давање оцена демократски изабраних тела о деловању у прошлости, односно разматрање поступака и одлука одговарајућег органа који ће предузети у будућности; као и контролу која се одвија кроз изборне циклусе и која потврђује легитимитет институцији којој је поверено вршење одређене функције власти (Smaghi, 1998: 120). Од наведених елемената, на централну банку се једино не може применити трећи, који се тиче контроле путем избора. Централна банка свој легитимитет не потврђује на изборима, већ јој се законом поверавају одређене функције које она, полазећи од принципа ефикасности и аполитичности, врши на начин који ће омогућити реализацију унапред одређених циљева.

Јак положај централне банке у односу на политички изабрана тела намеће потребу развијања механизма који ће врховну монетарну власт учинити одговорном. На тај начин ублажио би се проблем демократског дефицита, а статус централне банке, дефинисан уставом и законом, учинио легитимнијим. Управо из тих разлога у литератури се истиче да је не постоји *trade-off* између независности и одговорности централне банке. Уколико је одређена права мера, ова два концепта не само да су комплементарна већ се и допуњују (Smaghi, 1998: 123). Наиме, кредибилитет статуса централне банке био би нарушен уколико би је јавност третирао као отуђену институцију која нема никакву обавезу да објасни и оправда своје акције. За процену степена одговорности централне банке релевантни су следећи

показатељи: а) начин доношења одлуке о циљевима монетарне политике, односно одређивања скале приоритета; б) транспарентност у вођењу монетарне политике; в) ко сноси одговорност за резултате монетарне политике (de Naan and Amtenbrink, 2000, p. 180). Демократска контрола над централном банком остварује се, најпре, дефинисањем институционалних оквира унутар којих она остварује своје функције. У демократском друштву, одлука о циљевима монетарне политике и њиховом рангу не треба да буде препуштена независној монетарној институцији, већ ту одлуку треба да донесе парламент усвајањем закона о централној банци. Као и већина других законодавстава, ни законодавство Србије не даје централној банци слободу у одређивању циљева. Као што је већ речено, за Народну банку Србије приоритетни циљ је стабилност цена. Поред тога, НБС је дужна да води рачуна и о финансијској стабилности, односно реализацији осталих циљева економске политике, под условом да се на тај начин не угрожава остваривање приоритетног циља. Други важан показатељ одговорности централне банке тиче се транспарентности. Под транспарентношћу монетарне политике подразумевамо обавезу централне банке да на јасан, потпун и правовремен начин упознаје јавност са информацијама о циљевима, стратегији монетарне политике и одлукама о примени одговарајућих инструмената (Kandžija, Živko, Skoko, 2009: 84). Реализација овог принципа подразумева успостављање монетарног дијалога централне банке са политички изабраним телима, односно јавношћу, чиме се омогућава њихово правовремено информисање о актуелним економским и/или монетарним процесима. У оквиру монетарног дијалога Народна банка Србије (чл. 71, Закона о НБС-у) доставља парламенту ради информисања програм монетарне политике, који образлаже гувернер НБС-а, затим подноси полугодишњи и годишњи извештај о монетарној политици, о свом пословању и резултатима рада. Транспарентност укључује и правовремене информације о кретањима на финансијском тржишту, као и упознавање креатора економске политике и јавности са пројекцијама о ефектима који се могу очекивати од предузетих мера, посебно њиховом утицају на кључне економске перформансе (кретање запослености и стопу привредног раста). Најзад, политичко-демократска одговорност остварује се путем надзора од стране представничког тела, које даје оцену о резултатима рада ове институције (Lorižić, str. 110). Од традиционалних инструмената за надзор над радом органа управа (регулативни, персонални и финансијски), парламент у односу на централну банку може да користи само регулативне инструменте. Свакако, парламент у одређеним околностима може применити своју регулаторну моћ и променити правни статус централне банке. Штавише, и сама претња евентуалне промене закона може утицати на централну

банку да монетарну политику прилагоди захтевима парламента, под условом да се тиме не доводи у питање реализација њеног примарног циља. Поред регулативних, утврђивање одговорности централне банке обухвата и инструменте за евентуалну обуставу примењених мера, односно покретање поступка разрешења функционера централне банке у случају када резултати значајно одступају од пројектоване вредности основног циља. Према чл. 2, ст. 2 Закона о НБС-у, централна банка је одговорна Народној Скупштини и подлеже њеном надзору. Она, такође, може да донесе одлуку о разрешењу функционера НБС-а (чл. 28) ако се утврди да је, „због нестручног и несавесног обављања функције и озбиљнијих пропуста у доношењу и извршавању одлука и организовању послова Народне банке Србије, дошло до знатног одступања од остварења основног циља из члана 3 овог закона“.

Поред тога што је одговорна парламенту, централна банка има одговорност и према влади, као носиоцу извршне власти. Као креатор економске политике влада је заинтересована за сарадњу са централном банком која утврђује и води монетарну политику. Монетарна политика не може се посматрати изоловано од осталих сегмената економске политике. А то значи да је нужно постојање одговарајуће сарадње између централне банке и носиоца извршне власти. У том смислу, Закон о НБС-у (чл. 3, ст. 3) предвиђа да ће НБС, не доводећи у питање монетарну и финансијску стабилност, подржати спровођење економске политике Владе РС. Поред тога, НБС у извршавању својих функција сарађује са Владом (чл. 10), али и другим државним органима (нпр. присуство министра финансија седницама Извршног одбора, односно гувернера седницама Владе, давање мишљења о нацртима закона у вези са функцијама централне банке, меморандуму о буџету, економској и фискалној политици, пружање информација о задужењима Републике у иностранству сл.).

Анализа институционалних оквира деловања Народне банке Србије показује да су, поред гарантовања независности, у закону (Закон о НБС-у) садржане легалне претпоставке за демократску контролу и одговорност централне банке. Оно што, свакако, треба надоградити је појачавање обавезе НБС-а да редовно, заједно са информацијама о трансакцијама на отвореном тржишту, јавност упознаје са својим финансијским извештајима. Распољивост информација о монетарној политици доприноси повећању одговорности централне банке и јачању веродостојности операција централне банке. На тај начин увећава се подршка централној банци и јача њена способност да се одупре политичким притисцима и евентуалним злоупотребама монетарне политике. С друге стране, добра информисаност о мерама које предузима пружа могућност евентуалног покретања судске

контроле уколико се сматра да је тиме прекорачен мандат који је поверен централној банци.

5. Закључак

Монетарно законодавство Србије у потпуности прихата концепт независности централне банке. У складу са оптеприхваћеним стандардима, Народна банка Србије ужива висок степен институционалне, функционалне, финансијске и персоналне независности, што јој гарантује слободу у обављању поверених задатака и, уједно, спречава појаву злоупотребе монетарне политике, настале под утицајем политички изабраних тела, која су, врло често, спремна да жртвују дугорочну стабилност, а ради остваривања краткорочне политичке користи. Поверавање монетарне власти независној и самосталној централној банци нужно прати и увођење механизма демократске контроле и одговорности за одлуке које доноси у оквиру своје надлежности. Мада на први поглед неспојиве, одговорност централне банке комплементарна је са њеним независним статусом. У демократском друштву не може се говорити о апсолутно независним институцијама, већ само о независности у обављању поверених функција. То значи да централна банка не представља посебан облик власти који нема никакву одговорност према политички изабраним телима. Управо да би се умањио проблем демократског дефицита и мањка легитимитета, у законодавство морају да буду уграђени механизми који појачавају њену одговорност. У том смислу, она мора да буде спремна да образложи и оправда своје акције, пре свега околности које су биле пресудне за избор стратегије монетарне политике, односно да изабраним политичким телима и јавности пружи уверљиве разлоге због којих се определила за примену одговарајућег програма монетарне политике. То полагање рачуна укључује и *ex post* одговорност која подразумева активирање инструмената за евентуалну обуставу примењених мера, односно покретање поступка разрешења функционера централне банке у случају када резултати значајно одступају од пројектоване вредности основног циља. Развијање механизма демократске контроле не само да доводи до веће одговорности централне банке за остваривање поверених задатака, већ истовремено доприноси и јачању њеног кредибилитета у широј јавности, што је чини способном за вођење веродостојне монетарне политике.

Литература/References

Bernanke, B. (2013). A Century of US Central Banking: Goals, Frameworks, Accountability, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 27., No. 4., 2013, pp. 3–16.

Vučković, J. (2015). Demokratski legitimitet politički neodgovornih upravnih tijela u poredbenom ustavnom pravu. *Zagrebačka pravna revija*. 4(2). 143–169.

Димитријевић, М. (2015). Управљање јавним зајмом: правно-економске последице по положај државе као дужника. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70 (LIV). 311–327.

Kandžija, V. Živko, I. Skoko, B. (2009). Transparentost i konvergencija u komunikaciji središnjih banaka u zemljama jugoistočne Europe. *Ekonomika misao i praksa*. 1. 81–92.

Lastra, M. R. (2015). *International Financial and Monetary Law*. Oxford: Oxford University Press.

Lastra, M. R. (2006). *Legal Foundations of International Monetary Stability*. Oxford: Oxford University Press.

Lopižić, I. (2015). Javna uprava i politički sustav u Francuskoj: središnja uloga države, uprave i prava. *Hrvatska i komparativna javna uprava*. 1(15). 103–140.

Smaghi, Bini L. (1998). The Democratic Accountability of the European Central Bank. *PSL Quarterly Review*. 205(51). 119–143.

Sporazum Narodne banke Srbije i Vlade Republike Srbije o ciljanju (targetiranju) inflacije od 19. decembra 2008. Preuzeto 10. 5. 2018. https://www.nbs.rs/internet/latinica/30/memorandum_o_saglasnosti_NBS_i_Vlade.pdf

Schinasi, G. (2006). *Safeguarding financial stability: theory and practice*, Washington, D.C.: International Monetary Fund.

Ustav Republike Srbije. Službeni glasnik RS. Br. 98/2006.

Fischer, S. (1995). Modern Central Banking. In Capie, F. Fischer, S. Goodhart, C. Schnadt, N. (Ed). *The Future of Central Banking*. Cambridge University Press.

Haan, de J. Amtenbrink, F. (2000). Democratic accountability and central bank independence: A response to Elgie. *West European Politics*. 3 (23). 179–190.

Закон о Народној банци Србије. Службени гласник РС. Бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – др. закон, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – одлука УС и 44/2018.

Srđan Golubović, LL.D.

Full professor

Faculty of law, University of Niš

THE LEGAL BASIS OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA'S RESPONSIBILITY FOR PRESERVING MONETARY AND FINANCIAL STABILITY

Summary

The National Bank of Serbia is an independent financial institution responsible for conducting monetary and foreign exchange policy, as well as for carrying out other tasks entrusted to it by law. Such legal status protects the NBS from political influence and guarantees its freedom in drafting and implementing monetary policy programs. Of course, the independence of the central bank is not absolute. This means that it does not have the freedom to choose the goals it will pursue, and that the concept of independence is accepted only in the part relating to the performance of entrusted tasks. The specificity of the position of the monetary authority in relation to executive and legislative power imposes the need to create a legal basis for democratic control and accountability of the central bank. In this way, the central bank alleviates the problem of democratic deficit and make its status, defined by the constitution and law, legitimate. According to domestic legislation, the central bank is subject to supervision and is accountable to the National Assembly for the realization of the established goals. In addition to the right to timely information on the monetary policy program (including the submission of work reports), the National Assembly may activate the instruments for eventual suspension of the implemented measures, or initiate the procedure for dismissal of the central bank officials in cases where the results differ significantly from the projected value of the main objective. The responsibility of the central bank also includes the obligation of cooperation with the government, as the creator of economic policy. The National Bank of Serbia is obliged to provide support to general economic policy, provided that this support does not call into question the realization of the basic objectives. Transparency in work is extremely important for the responsibility of the central bank. Timely informing the public about the purpose and results of the measures taken strengthens the credibility of the central bank and increases the public's support, which makes it more capable of resisting political pressures and abuses of monetary policy.

Keywords: *The National Bank of Serbia, monetary and financial stability, transparency, responsibility.*

Др Предраг Цветковић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881083С

UDK: 339.5.025.7:061.1(100)WTO
Раd примљен: 30.09.2018.
Раd прихваћен: 25.10.2018.

ПРАВО И ТЕОРИЈА ИГАРА: ПРИМЕР ПРАВА СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ**

Апстракт: Теорија игара је настала као математички концепт. Њен допринос друштвеним наукама лежи у унапређењу разумевања и решавања стварних животних питања. Теорија игара укључује најпре анализу стварних проблема а потом на основу тога развија модел који укључује суштинске карактеристике проблема у питању. Примењена у правном дискурсу, теорија игара објашњава понашање актера односног правног система. У контексту међународног права, значај теорије игара режи у решавању питања која потичу из међузависности држава. Међународне институције и међународно право промовишу когзистенцију и кооперацију између држава као актера међународног права. Овај процес, међутим, није аутоматски: правна регулатива међународних односа динамичан је процес који има за циљ да унапреди позицију свих укључених актера.

У горе наведеном смислу, правила међународног права се имају сматрати правилима игре која се одвија између различитих актера. Теорија игара идентификује и разјашњава суштину интеракције и сарадње играча (држава, међународних организација и других актера) у одређеним околностима. У крајњем, примена теорије игара обезбеђује поуздани ослонац за нормативну анализу и унапређење разумевања питања имплементације правила међународног права. Државе испуњавају обавезе предвиђене међународним правом из разлога сопствених краткорочних или дугорочних интереса. Са

* pepi@prafak.ni.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

друге стране, крше га уколико корист од неиспуњења међународним правом преузетих обавеза превазилази трошкове тог неиспуњења. Анализа у светлу теорије игара идентификује околности под којим међународно право утиче или мења понашање државе. Уз то, омогућава нормативну евалуацију алтернативног регулисања доприноси ти ме развоју међународног права. Циљ рада је најпре да се изложи основне карактеристике теорије игара као што је: симултана или секвенцијална игра, перфектна или имперфектна информација, комплетна или некомплетна информација, доминантна стратегија. Резултати излагања се потом користе у анализи правног система Светске трговинске организације (СТО). Нагласак истраживања је на примени игре у моделу „затвореникове дилеме“ на нормативни дискурс Светске трговинске организације.

Кључне речи: Светска трговинска организација, теорија игара, затвореникова дилема.

1. Уводна разматрања

Теорија игара је настала као математички концепт. У последњих двадесет година теорија се примењује изван оквира математичких анализа, укључујући и друштвене науке. Примена теорије игара има за циљ унапређење разумевања стварних друштвених односа: субјеката тих односа, тензија и сукоба које генеришу.¹ Описана питања теорија игара анализира кроз израду модела који олакшава анализу стварне животне ситуације. Примењена у правном дискурсу, теорија игара објашњава понашање актера/играча у одређеном правном систему.²

Теорија игара је супкатегорија теорије рационалног избора.³ Карактеристика теорије игара је да су предмет њеног разматрања ситуације у

1 Кључни фундаменти теорије игара су артикулисани у делу: Von Neumann, J. Morgenstern, O. (2007). *Theory of Games and Economic Behavior (commemorative edition)*. Princeton University Press.

2 У овом раду термин „актер“ и „играч“ употребљавају се као синоними.

3 Друга два правца су теорија одлучивања и теорија социјалног избора. Постулати теорије рационалног избора су следећи. Прво, сваки социјални феномен (па и право) јесте резултат индивидуалних одлука, понашања и ставова (принцип методолошког индивидуализма). Други постулат је да акција или понашање који се сматрају рационалним избором морају да буду разумљиви: односно, акција или понашање би требало да имају разумљиве мотиве. Трећи постулат је да су акција или понашање условљени мотивима у свести појединца (принцип рационалности). Четврти постулат

којима постоји стратешка интеракција: стратешка ситуација је она код које постоје најмање два актера при чему резултат одлуке сваког од њих (као и понашање које ту одлуку прати) зависи од тога како ће се понашати други актер.

У игри⁴ актери бирају опцију понашања која би требало да их доведе до оптималног резултата. Ови избори могу бити параметријски и стратешки. Параметријски избор је базиран на параметрима који су константни/фиксни. Ова чињеница олакшава избор понашања/акције. Стратешки избор, пак, зависи од понашања других актера. Стога су стратешке игре комплексније у односу на игре са параметријским избором.

Задатак теорије игара је да обезбеди теоретски модел за анализу стратешких ситуација, те да идентификује критеријуме рационалног избора актера, укључујући и процену важности ових критеријума (релативну процену, која се односи на њихов међусобни однос, те апсолутну процену, која се тиче односа сваког критеријума са циљем играча) за коначан исход игре.

Теорија игара је концепт који је применљив и на правни контекст. Наиме, правни живот и процеси често имају форму стратешких интеракција. Теорија игара је начин за увид на који начин правна правила утичу на понашање актера. То што теорија игара користи математички формат за излагање о форми и садржини овог утицаја није непремостива препрека за њено коришћење у правним истраживањима.

2. Појам игре

Теорија игара појам „игре“ види као интеракцију између два или више актера. Игра је дефинисана правилима која спецификују: листу играча, расположиве опције (стратегije) за сваког од њих, кораке (секвенце) потеза актера, добит (е. payoff) сваког актера за све могуће комбинације у игри.

претпоставља да су разлози и мотиви појединца резултат разматрања последица које разматрано понашање или акција имају, а у складу са тим како појединац у питању те последице види (принцип консеквенцијализма или инструментализма). Пети постулат је да се појединци баве превасходно последицама које њихове акције имају за њих (принцип егоизма). Шести постулат почива на претпоставци да су појединци у стању да разликују трошкове и користи које носи понашање или акција коју су предузели у компарацији са алтернативама које су им стајале на располагању: *ergo*, у стању су да изаберу понашање које им доноси више користи (постулат максимизације/оптимизације користи). Видети више у: Oppenheimer, Joe, A. (2008). Rational choice theory. In *The Sage Encyclopedia of Political Theory*. London: London Sage Publications.

4 Више о појму игре видети *infra* у тач. 2 овог рада.

У теорији игара стратегијом се сматра сваки потпуни план понашања актера у односу на сваку могућу фазу игре. Стратегија садржи унапред дефинисани редослед потеза актера игре, при чему избор потеза зависи и од потеза других играча. У играма код којих играч има могућност за више различитих акција, појам стратегије разликује се од појма „акција“: актери примењују стратегију као начин избора акције коју ће да предузму.

Теорија игара разликује доминантну и доминантану стратегију.

Доминантна стратегија је оптимални избор за актера у игри: оптималност постоји у односу на било који могући избор другог актера. Доминантна стратегија доноси актеру максималну добит без обзира на стратегију и одлуке другог актера.

Доминирана стратегија је она која актеру доноси корист која је једнака или лошија (доноси мању добит) од друге стратегије (Douglas, Gertner, Picker, 1998: 306). Када једна стратегија не доноси бољи резултат него друга стратегија, него некад чак и гори, она је доминирана од те боље стратегије. Када је једна стратегија увек гора од друге, онда је та стратегија стриктно доминирана.

Еквилибријум/равнотежа се у теорији игара дефинише као помоћу критеријума стабилног исхода: кључни појам у овом смислу је Нешов еквилибријум.⁵ Нешов еквилибријум је равнотежа исхода чија је основна карактеристика да нико од актера нема подстицај да се понаша на начин који мења уравнотежени исход. Садржина описаног еквилибријума је да је свака страна изабрала стратегију која, у комбинацији са стратегијом друге стране, има за резултат изостанак подстицаја за било коју страну да изабрану стратегију мења. Овај концепт решења игре (е. „solution concept“) је кључни за теорију игара.⁶

У игри два актера, пар стратегија формира Нешов еквилибријум када ниједан играч не може да има већи добитак уколико промени стратегију: при томе је постојећа стратегија бирана у складу са стратегијом другог играча и вице верса. Укратко, Нешов еквилибријум је комбинација стратегија које су међусобно најбољи одговор једна на другу. Тестирање да ли је комбинација стратегија Нешов еквилибријум илустроваће се следећим примером. Први играч има стратегију „х“ а други „у“.

5 Нешов еквилибријум је формулисао чувени математичар из Сједињених Америчких Држава, John Nash. Овај се концепт назива и „Cournot-Nash“ еквилибријум, по Антоану Корнауту, француском економисти из XIX века који је користио сличан концепт за анализу олигопола. Видети више у Douglas et al. 1998: 276.

6 О Нешовом еквилибријуму у правном дискурсу више речи биће у неком од наредних радова.

да ли је ова комбинација Нешов еквилибријум јесте да ли би први играч (имајући у виду да други играч има стратегију „у“), имао већу добит уколико би уместо стратегије „х“ изабрао стратегију „х1“. Обрнуто, критеријум за стратегију другог играча је да ли би овај (имајући у виду да први играч бира стратегију х) други играч имао већу добит тиме што би изабрао стратегију „у1“. Уколико не постоји боља стратегија за првог играча од стратегије „х“ као одговора на стратегију „у“ другог играча, односно уколико нема боље стратегије за другог играча од стратегије „у“ као одговора на стратегију „х“ првог играча, онда је овај пар стратегија формирао Нешов еквилибријум.

2.1. Типови игара

У теорији игара постоји неколико подела типова игара.

Права подела је на класичне и неklasичне игре. Класична теорија игара обухвата некооперативне и кооперативне игре, док неklasична теорија игара обухвата еволуционарне игре.

а) Код кооперативних игара понашање актера уређено је обавезујућим споразумом. Некооперативне игре, пак, су оне код којих споразум актера о заједничкој акцији није обавезујући.

Игра кооперације је праћена испуњавањем критеријума Парето ефикасности,⁷ те принципа правичности и једнакости. Некооперативне игре су, пак, базиране на принципу да играчи теже максимизацији сопствене користи.

Summa summagum, игре кооперације се фокусирају више на карактеристике и природу резултата игре (нпр. да је правичан) него на начин (стратегију) на који се тај резултат остварује. Некооперативне игре су усмерене на стратегију која се примењује ради остваривања резултата чије су редуковане карактеристике јасне из мотива игре (сваки играч има циљ да максимизује сопствену корист из игре): правичност и једнакост не играју значајну улогу.

Еволутивне игре почивају на претпоставци да ће мање успешни актери тежити да имитирају актере који су успешнији. Еволутивне игре почивају на претпоставци да се игра понавља (да има више итерација) (Załoski, 2013: 74, *passim*).

⁷ Резултат игре Парето је ефикасан уколико је резултат игре „х“ бољи од резултата игре „у“ на начин да сви играчи имају већу добит него што би имали да је игра завршила резултатом „у“. Критеријум је назван по италијанском инжењеру Вилферду Парету, који га је први артикулисао.

б) Друга је подела на игре нулте суме (игра са фиксном сумом, е. „*zero-sum game*“) и игре са варијабилном сумом.

Код игара са фиксном сумом добитак једног играча представља директан губитак за другог. Пример је фудбалска утакмица – сваки гол за један тим представља добитак за тај тим и коресподентан губитак тима који је гол примио (Цветковић, 2015: 162, напомена 323).⁸ Игре са фиксном сумом су игре стриктног конфликта: добитак једног актера је увек губитак другог актера.

Игре са варијабилном сумом су игре код којих добитак једне стране не значи губитак друге стране: својом активношћу оне могу да укупан збир добити (који је константа код игара са фиксном сумом) повећају на начин који увећава добитак сваке од њих. Ове игре правдају сарадњу (кооперацију) актера.⁹

ц) Трећа је подела на игре са потпуном и непотпуном информацијом. Ова је подела базирана на критеријуму познавања циљева (преференци) другог играча.

Игра у којој играч има знање о правилима игре и структури игре (ко су играчи, стратегија која је расположива сваком играчу и добит за сваког играча за све могуће комбинације расположивих стратегија) назива се игром са комплетном информацијом.

Уколико актер учествује у игри без познавања преференце другог актера, говоримо о игри са некомплетном информацијом (Załoski, 2013: 32, *ras-sim*).

д) Четврта подела обухвата игре са перфектном и игре са имперфектном информацијом.

Игре са перфектном информацијом су игре код којих играч познаје цео претходни ток игре до момента када он почиње да учествује у игри. Са друге стране, игра је имперфектна када барем један играч не познаје у целини претходни ток игре.¹⁰

8 Игре нулте суме немају резултате који су „Парето“ доминантни. Сви еквилибријуму су Парето ефикасни, с обзиром на то да нема добити једног играча без губитка другог.

9 Одређене друштвене игре као шах или покер имају специфична правила и спадају у игре са нултом сумом, што чини да сарадња са другим играчима јесте непрофитабилна. При томе је покер различит од шаха јер је игра са некомплетном информацијом (играчи немају пуно знање о картама другог играча). Више о игри са некомплетном информацијом видети супра у овој тачки.

10 Информација може да буде перфектна, али некомплетна уколико сви актери имају знање о стратегијама које су на располагању другим играчима, као добит других

е) Пета подела разликује статичне или несеквенцијалне и динамичке игре, са једне, или секвенцијалне игре, са друге стране.

Статичне игре чине игре код којих играчи доносе своје одлуке истовремено, тако да не знају изборе других играча. Статичне игре су и оне код којих се избори врше секвенцијално (један играч „игра“ након другог), али и даље не знају изборе других актера.

Динамичке игре су двојаке.

Прву врсту динамичких игара чине стриктно несимултане игре. Код ових игара играчи бирају и реализују своје акције секвенцијално (један након другог), при чему сваки играч зна претходну историју потеза друге стране.

Другу врсту динамичких игара чине мешовите игре код којих у некој од фаза играч зна претходну историју игре а у некој другој фази такво знање изостаје.

Заједничка претпоставка за све типове игара је да су играчи рационални: да имају ранг циљева (односно да имају јасно везане вредности и користи за те циљеве), те да су у стању да направе разлику већег и мањег добитка. Компликације настају јер нема генерално доминантне или безусловно најбоље стратегије за играче с обзиром на то да постоји повезаност са изборима других актера (стратегија као оквир игре).¹¹

3. Теорија игара и међународно право

Међународне институције и међународно право промовишу коегзистенцију и кооперацију између држава. Овај процес, међутим, није аутоматски: правна регулатива међународних односа, укључујући и њену примену, има сопствену динамику која наведени процес чини подобним за анализу кроз призму теорије игара. Стога се правила међународног права имају сматрати правилима игре која се одвија између различитих актера. Теорија игара идентификује и разјашњава суштину интеракције и сарадње играча (држава, међународних организација и других актера) у одређеним околностима. У крајњем, примена теорије игара обезбеђује поуздани ослонац за нормативну анализу и унапређење разумевања питања имплементације правила међународног права.

играча, али макар један од њих нема знање о претходном току игре. Затвореникова дилема је пример такве игре (Vaird et al. 1998: 312).

11 Игре код којих постоји само један играч називају се „играма против природе“ и спадају у област теорије одлучивања.

Државе испуњавају обавезе предвиђене међународним правом из разлога сопствених краткорочних или дугорочних интереса. Са друге стране, крше га уколико корист од неиспуњења међународним правом преузетих обавеза превазилази трошкове тог неиспуњења.

Теорија игара обезбеђује оквир за тзв. проспективну анализу: полази се од одређених реалних параметара и претпоставки како би се предвидело понашање субјеката на које се норма примењује. То јест, развија се модел који укључује суштинске карактеристике проблема у питању (e. forward induction). Тиме се омогућава предвиђање понашања актера у будућности.

Теорија игара такође представља оквир за ретроспективну анализу код које се полази од циља који се нормом има остварити, а потом се дефинишу начини како да се до таквог циља дође (e. backward induction). У крајњем, на тај начин се омогућава и анализа начина на који су се актери понашали у прошлости (полазећи од резултата тог понашања у садашњости).

На горе наведени начин примена теорије игара омогућава евалуацију нормативних алтернатива чиме се доприноси бољем разумевању развоја међународног права.

3.1. Теорија игара и Светска трговинска организација

Када се ради о правном режиму међународних економских односа, пример применљивости теорије игара је Светска трговинска организација.¹² Трајност, престиж и функционалност СТО тестира се кроз процес закључивања регионалних трговинских споразума. Питање избора између коришћења предности и опција које обезбеђује СТО са једне, и придруживања регионалном трговинском блоку, са друге стране, стратешког је карактера; стога теорија игара може да допринесе његовом разумевању.

12 Светска трговинска организација настала је као израз економске глобализације, дефинисане као процес интеграције глобалне трговине робом и услугама и отварању граница за стране директне инвестиције. Убрзавање процеса глобализације имало је за резултат елиминисање баријера у међународном протоку робе, услуга и новца. Дијалектика овог процеса законито је водила креирању адекватног правног одговора. Он је, природом постављених задатака, морао проистећи из поља деловања Међународног економског права. Генерисана као као резултат успешног окончања Уругвајске рунде преговора о Општем споразуму о царинама и трговини (e. „General Agreement on Tariffs and Trade“; GATT), у својим темељима имала је тежњу да постане системски структурирани регулаторни оквир светске трговине. Данас СТО има 164 државе. Више о правно-политичким и идеолошким премисама на којима је заснована Светска трговинска организација видети у Цветковић, 2010: 1–8, 44–66.

Споразуми из оквира СТО су мултилатерални и комплекснији су у односу на регионалне споразуме. Регионални споразуми су структурално једноставнији те омогућавају странама уговорницама да координирају акције и разјасне услове сарадње у реализацији споразума. Ова координација подобна је за анализу кроз модел затвореникове дилеме¹³. Стране испуњавају обавезе из ових споразума све дотле док постојећа и очекивана вредност те сарадње (корист од те сарадње) превазилази непосредну корист од кршења споразума.¹⁴

Мултилатерални споразуми су комплекснији: већи број уговорних страна ангажује већи број потенцијално супротстављених интереса. Њихово усаглашавање спроводи се у стратешком оквиру који акције појединачног актера (државе) чине зависним од акција осталих страна уговорница и *vice versa*.

Логика билатералне сарадње релевантна је и за мултилатералну сарадњу. Ова тврдња може да се илуструје примером. Претпоставка је да државе морају да сарађују да би сачувале опште добро као што је рибли фонд у океанима. Рибли фонд ће бити сачуван, а лов рибе одржив уколико све државе усвоје следећу стратегију: државе неће да лове превише рибе у првом периоду. У каснијем периоду, државе ће ловити више него што им је потребно уколико је неко други у првом периоду ловио више него што му је било потребно. У том случају се успоставља суштински билатерални вектор између државе која је прекршила обавезу уздржавања од лова, са једне, и сваке друге државе која је обавезу поштовала (мултилатерални однос се своди на већи број билатералних релација). Стога је валидна тврдња да највећи број мултилатералних уговора јесте базиран на одређеној форми билатералне кооперације.

Мултилатерални споразуми настају као начин превазилажења дуплирања преговора о условима споразума: сличност интереса држава не варира

13 О затворениковој дилеми видети више инфра у тач. 3. 2 овог рада.

14 У том се случају ради о тзв. ефикасној повреди уговора (*e. efficient breach*). Хипотеза о ефикасном кршењу уговора језгровито се дефинише на следећи начин: „Постоје околности где је кршење уговора ефикасније, односно носи већи добитак за уговорне стране, него његово извршење. У таквим околностима, право би требало да омогући кршење уговора“. Видети: Dunoff, Trachtman, 1999: 31. Концепт ефикасног кршења уговора дозвољава страни која чини уговор да надокнади штету (стварну штету, изгубљену добит) коју трпи друга уговорна страна, без обавезе да изврши уговор. У највећем броју случајева, страна која није прекршила уговор биће у потпуности обештећена, док ће у неким ситуацијама имати и већи добитак од оног који би јој донео уговор да је био извршен. Дакле, страна која крши уговор има опцију да одбије даље извршавање уговора уколико компензација штити разумна економска очекивања која је од извршења уговора имала страна која не крши уговор.

пуно уколико државе сепаратно преговарају о билатералном споразуму, у односу на њихов став који се дефинише у мултилатералним споразумима.

Има примера да државе извршавају обавезе из мултилатералних споразума не из разлога што респектују могућност мултилатералног извршења споразума (било да све државе изврше реталијацију против прекршиоца кроз увођење баријера, било што стичу репутацију прекршитеља међународног права). Државе поштују правила мултилатералног споразума јер имају бојазан да ће тачно одређена страна мултилатералног споразума која трпи штету због њеног кршења предузети реталијаторне мере. Дакле, преговори су увек мултилатерални, док је извршење билатерално. Резултат је да ће понашање држава које су у режиму мултилатералног уговора бити мање условљено формалним правилима тог уговора, а више ће да зависи од реакција појединих држава које имају интерес да се одређена држава придржава обавеза које је преузела (реакција у случају да поштовање тих обавеза изостане).

Споразуми из система права СТО могу да се користе као примери за горе наведене ставове. Билатерални „хабитус“ јасно је препознатљив у појединим кључним правилима СТО, као што је то принцип највећег повлашћења.

Начело највећег повлашћења које захтева да државе понуде идентичне концесије свим другим државама је стандардни пример за горе наведену тврдњу. Принцип најповлашћеније нације (е. Most favoured nation treatment) потиче из XIX века и билатералних споразума који су садржали овај принцип у посебној клаузули (Цветковић, 2010: 228, *passim*). Начело највећег повлашћења као рефлексија начела недискриминаторног третмана препознато је као кључна претпоставка (заједно са начелом националног третмана) за установљавање мултилатералног трговинског система. Начело најповлашћеније нације је принцип на основу кога државе једна другој одређују третман у међународној трговини: држава која је уживалац третмана има право на третман који држава која даје третман обезбеђује било којој трећој држави. Дакле, држава уживалац третмана не сме да има третман који је неповољнији од третмана друге државе (са којом држава давалац третмана има трговинске односе). Не изненађује, стога, што је већ у члану И: 1. ГАТТ-а 1947 (касније ГАТТ-а 1994), предвиђено да *„у вези са царинама и другим дажбинама било које врсте које се намећу на увозу или извозу или се наплаћују на међународни трансфер средстава намењених за плаћање увоза или извоза, и у вези са начином утврђивања ових дажбина, као и са свим правилима и формалностима у вези са увозом и извозом, као и на сва питања која су предмет регулисања у ставовима 2*

и 4 става III, све предности, погодности, повластице или изузећа које једна страна уговорница одобрава ма којем производу пореклом из или намењеном другој земљи биће одмах и безусловно одобрени сличном производу који је пореклом из или намењен територији свих осталих страна уговорница“.

Уколико држава чланица СТО не поступа у складу са својом обавезом поштовања третмана најповлашћеније нације, држава која се сматра оштећеном (јер јој друга чланица СТО није признала право признато трећој држави; ради се о праву које је засновано на примени MFN клаузуле), има право на реталијацију. У пракси реталијацију реализује управо оштећена држава, док друге државе то не чине. Претходна поставка уноси билатералност у мултилатерални оквир: карактер однос поводом неизвршења обавезе обезбеђења MFN третмана редукује се на билатерални ниво (уместо мултилатералног у складу са мултилатералним карактером Споразума о СТО).¹⁵

Изостанак механизма санкција за непоштовање одлука СТО шкоди поверењу у систем Светске трговинске организације. Наведену тензију између билатералног извршења и мултилатералног оквира могуће је анализирати применом теорије игара. Чланице СТО учествују међусобно у неограниченом броју игара свака са собом у окружењу са перфектном информацијом.¹⁶ Уколико један играч у тој игри вара, нико неће хтети да „игра“ следећу игру са њим (неће узимати као веродостојно његово обавезивање да поступа на одређени начин као држава чланица Светске трговинске организације). Ерго, држава чланица која не поштује одлуке органа СТО¹⁷ и препоруке мораће да више „плати“ приликом нових игара/ преговора у будућности: разлог за то је што је њена репутација претрпела штету изостанком поштовања правила СТО у прошлости. Проблем са овом теоријом је да моћне државе чланице СТО могу да буду у позицији да диктирају своје услове без поштовања правила Светске трговинске

15 Стога се као кључни циљ права Светске трговинске организације намеће улога СТО као форума за преговоре: систем санкција остаје у суштини билатералан.

16 Више о играма са перфектном информацијом видети *supra* у тач. 2. 1.

17 Кључне у овом смислу су одлуке панела и Апелационог тела СТО који решавају спорове држава чланица. Област решавања спорова унутар СТО дефинисана је као критична за читав систем Светске трговинске организације: Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (е. „Dispute Settlement Understanding“) споразум, којим се установљавају основе овог система, сматра се, у смислу његове важности за функционисање Светске трговинске организације, најзначајнијим резултатом Уругвајске рунде преговора о ГАТТ-у. Систем решавања спорова у СТО централни је елемент који обезбеђује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. (Цветковић, 2010: 18–19)

организације, с обзиром на то да ће друге државе и даље морати са њима да одржавају трговинске односе приморане економском нужношћу.

3.2. Затвореникова дилема

Назив „Затвореникова дилема“ потиче од моделирања теорије са примером затворске казне.¹⁸ Укратко, модел затвореникове дилеме описује се на следећи начин: две особе су оптужене да су починиле злочин. Суд им нуди исту нагодбу чија је садржина следећа: затвореник који призна и тиме обезбеди доказ против другог затвореника ће бити пуштен (добит овог затвореника је 0, то јест 0 година затвора), под условом да други затвореник не призна (у ком случају ће овај имати добитак од – 10, то јест десет година затвора).

Уколико нико од њих не призна, сваки од њих ће бити осуђен само за блаже кривично дело при чему ће добит сваког од њих бити – 1, то јест једна година у затвору.

Уколико оба затвореника признају, биће осуђени за кривично дело, али ће казна бити блажа него што би била у случају да је само један признао (добитак сваког од њих биће – 5, то јест пет година затвора).

Табела 1.

	Затвореник А сарађује (не признаје кривицу-К)	Затвореник А не сарађује (признаје кривицу-НК)
Затвореник Б сарађује (не признаје кривицу)-К	Оба затвореника добијају по једну годину затвора (резултат игре: -1, -1)	затвореник А добија 0 година; затвореник Б добија 10 година; (резултат игре: 0, -10)
Затвореник Б не сарађује (признаје кривицу-НК)	затвореник Б добија 0 година; затвореник А добија десет година; (резултат игре: 0, -10)	Оба затвореника добијају по пет година затвора (резултат игре: -5, -5)

Сваком од играча на располагању су две стратегије: да сарађују (опција кооперације) или да не сарађују (опција изостанка кооперације).

¹⁸ Модел „затвореникове дилеме“ су 1950. године осмислили Мерил Флод и Мелвин Дрешер, истраживачи који су радили у оквиру RAND корпорације која функционише као глобални think thank оквир. Видети: www.rand.org.

Ознаком К обележава се кооперација (непризнавање кривице), док се ознаком НК обележава изостанак сарадње/кооперације (признавање кривице).

Приоритетни циљ оба затвореника је идентичан: да сами проведу што мање времена у затвору. Циљ није да се смањи укупни број година у затвору.¹⁹

Затвореникова дилема је парадигма за ситуацију у којој равнотежни исход као резултат стратегије коју бирају актери има за њих мање повољан резултат него да су обе изабрале супротну стратегију.

Доминантна стратегија сваког играча (она која играчу даје супериорни добитак без обзира шта друга страна ради) јесте да не сарађују (НК): несарадња у конкретном случају значи да је актер признао кривично дело. Наиме, уколико затвореник А сарађује, затвореник Б има већи губитак уколико и сам не сарађује (0) него уколико сарађује (-1). У случају, пак, да затвореник А не сарађује, доминантна стратегија за затвореника Б је такође да не сарађује: резултат игре је у том случају -5 (у случају да затвореник Б сарађује, односно призна кривицу, резултат је -10). *Vice versa*, описани еквилибријум важи и за затвореника Б.

Нешов еквилибријум²⁰ је неповољнији за оба затвореника него што је то изостанак еквилибријума: код изостанка еквилибријума доминантна стратегија је К (сарадња/кооперација, односно непризнавање кривице), јер им доноси најбољи резултат (-1 за сваког). Код Нешовог еквилибријума, сарадња изостаје и свако добија по пет година затвора (-5, -5).

Суштина затвореникове дилеме је да, чак и када би оба играча у стратешкој ситуацији поступала у складу са критеријумом рационалности, то јест критеријумом који забрањује избор стриктно доминираних стратегија, Нешов еквилибријум је Парето субоптималан²¹ (НК: НК, то јест обојица признају /не сарађују, и добијају сваки по пет година затвора: -5:-5 као резултат игре.). Оба играча би била боља уколико би оба изабрала К (кооперацију, то јест да нико не призна, у ком случају би обојица имала -1:-1).

Затвореникова дилема је модел у којем је индивидуална рационалност самодеструктивна, то јест у конфликту је са колективном рационалношћу.

19 Симетричне игре су оне код којих добит зависи од одређене стратегије, а не од тога ко ову стратегију примењује (односно не од играча). Чак и када се замени идентитет играча, добит остаје иста.

20 Више о Нешовом еквилибријуму видети *supra* у тач. 2 овог рада.

21 Више о критеријуму Парето оптимума видети *supra* у тач. 2. 1 овог рада.

Игра јасно показује да група рационалних егоиста може да заврши горе него група људи која *prima facie* функционише супротно свом сопственом интересу. Користећи једноставне игре као што је затвореникова дилема, теорија демонстрира зашто друштво, па и право има потребу координације једнако као и механизме за кооперацију. У конкретном примеру права СТО видеће се да право служи првој функцији једнако као што служи и другој.

3.3. Избор између СТО и регионалних трговинских споразума: примена затвореникове дилеме

Питање зашто државе и даље преговарају о регионалним трговинским споразумима (и поред постојања СТО) може да буде сагледано кроз затвореникову дилему.

Због чега се државе чланице СТО упуштају у парадоксално понашање креирање (е. „Regional Trade Agreements“, даље и: RTA) упркос могућности да ту либерализацију реализују на мултилатералном нивоу, то јест у оквиру Светске трговинске организације?

Постоји више разлога зашто СТО државе чланице бирају да уђу у регионалне трговинске споразуме, без обзира на веровање да је либерализација у оквиру СТО целисходнија с обзиром на мултилатерални карактер Светске трговинске организације.

Најпре, у RTA се улази из политичких, стратешких и других, не само економских разлога. Аргументи за чланство у регионалној трговинској организацији не исцрпљују се кроз либерализацију економских односа: RTA остварује интересе и циљеве који су изван економског контекста и који као такви не могу да се реализују у оквиру СТО као примарно економске интеграције.

Друго, чланице СТО које приступају трговинској либерализацији то чине брже и шире него што је то могуће у оквиру који обезбеђује Светска трговинска организација. Приступање СТО је радно интензивни и временско захтевни процес, јер консензус мора да буде остварен о свим питањима пре него што се процес приступања оконча.²²

22 Дакле, да би постала чланица Светске трговинске организације, држава или царинска територија треба да преговара о условима приступања са земљама чланицама СТО. Држава кандидат мора прихватити услове СТО споразума и свих мултилатералних трговинских споразума садржаних у анексима уз Споразум о оснивању (приступање „јединственом подухвату“). Принцип „јединственог подухвата“ суштински се своди на правило да се све државе чланице морају сагласити са одлукама и правилима органа и тела СТО у њиховој укупности или сагласности нема. Економски развијене државе морају, дакле, приликом коришћења свог утицаја унутар институционалног

Стога је са позиција држава чланица рационално да преговарају са једном државом уместо са више (као што је случај са СТО) да би оствариле одређене циљеве (либерализацију економске размене и друго) у краћем временском периоду.

Одлуке чланица СТО су рационалне, али не доводе до најбољег могућег резултата. Ова тврдња је заснована на примени модела затвореникове дилеме на питање односа СТО и РТА.

Када се ради о стратегији либерализације, државе чланице могу да кооперирају у смислу да су вољне да смање трговинске баријере те да у том циљу партиципирају у мултилатералном процесу у оквиру СТО.

Алтернативно, државе могу да не сарађују, тиме што ће се фокусирати на регионалне или билатералне трговинске споразуме. За разумевање правне ситуације држава чланица које преговарају о закључивању регионалних/ билатералних трговинских споразума кључан је члан XXIV ГАТТ-а.²³ Улазак у РТА који не испуњава услове из члана XXIV ГАТТ-а је могућа стратегија држава чланица. Стога затвореникова дилема у контексту избора државе чланице да закључује РТА или да то не чини почива на претпоставци да држава чланица сарађује уколико закључује РТА који испуњавају

оквира СТО имати у виду и интересе других, неразвијених и држава у развоју које су чланице Светске трговинске организације. При томе, њихова „принуда“ да се понашају на такав начин има свој економски *ratio*: наиме, корист од поштовања и примене права СТО нису неопходно резултат видљиве билатералне размене концесија унутар Светске трговинске организације, нити се остварују у истом временском оквиру када се реализује уступак (корист може наступити и касније, приликом преговора о одређеном другом сегменту међународне трговине, када се дати уступак може искористити као адут у разговорима). Једна од рефлексија принципа јединственог подухвата јесте и инсистирање на принципу консензуса приликом гласања, што води „отупљивању хијерархијске оштрице“ (схваћене у смислу повлашћеног положаја економски развијених држава чланица у односу на неразвијене и државе у развоју) (Цветковић, 2010: 16, напомена 20).

23 Члан XXIV ГАТТ-а дефинише материјалноправне и процесноправне захтеве које РТА треба да испуни да би се сматрало да је у складу са правилима Општег споразума о царинама и трговини.

Први захтев (параграф 8. члана XXIV) обавезује државе чланице да приликом уласка у РТА уклоне царинске и друге дажбине у односу на готову целокупну (формулација на енглеском језику уводи стандард „substantially all“) трговину са другим државама уговорницама регионалног споразума). Други материјални захтев (параграф 5. члана XXIV) је да се регионалним трговинским споразумом не повећавају дажбине или уведе строже мере у односу на трговину са трећим државама (онима које нису државе потписнице регионалног трговинског споразума).

услове из члана XXIV ГАТТ-а (стратегија кооперације). Држава чланица не сарађује уколико закључује РТА који су супротни члану XXIV (стратегија несарадње).

Доминантна стратегија за чланице СТО (она коју чланице бирају јер сматрају да је то најбоља опција за њих према расположивим околностима) чини се да је несарадња (закључивање РТА који не испуњавају услове из члана XXIV). Ова тврдња се објашњава на следећи начин: уколико држава чланица А закључи РТА и обезбеди себи повољнији положај на одређеном извозном тржишту, док друге државе чланице то не чине (либерализују трговину искључиво кроз мултилатерални процес), онда ће држава А имати већи добитак у игри: мање царине од стране других држава чланица, као и могућност заштите сензитивних сектора (пољопривреда, нпр.) од брзе либерализације. Стратегија државе А (несарадња, односно заључивање РТА који нису у складу са чланом XXIV) максимизира њен индивидуални интерес кроз регионални/билатерални приступ, уколико се друге државе чланице држе мултилатералног оквира.

Уколико друге државе чланице СТО, пак, изаберу исту стратегију (несарадња, закључивање РТА који нису у складу са чланом XXIV ГАТТ-а), тада држава А има интереса да се држи стратегије несарадње: у супротном, друге државе чланице стичу компаративну предност на тржиштима држава са којима су закључили РТА, а држави А се губитак смањује (уколико остане изван РТА, или закључује РТА у складу са чланом XXIV).

Теорија игара на овај начин објашњава ситуацију која постоји последњих година: државе чланице СТО се скупљају око РТА а са друге стране њихово учешће у преговорима око СТО није довољно да би се начинио пробој у мултилатералном оквиру. У дискурсу затвореникове дилеме, приступање РТА је доминантна стратегија а инсистирање на либерализацији у оквиру СТО оквира је доминирана стратегија (видети Табелу 2).

Табела 2.

	Држава чланица А сарађује (примат мултилатералној либерализацији у оквиру СТО)	Држава чланица А не сарађује (примат регионалној либерализацији кроз РТА)
Држава чланица Б сарађује (примат мултилатералној либерализацији у оквиру СТО)	Обе државе имају оптималан добитак	Држава А има добитак, а држава Б губитак
Држава чланица Б не сарађују (примат регионалној либерализацији кроз РТА)	Држава А има губитак, а држава Б добитак.	Обе државе имају субоптималан добитак

Равнотежно решење за државе чланице је да не сарађују, то јест да либерализацију примарно остварују кроз регионалне споразуме уместо у оквиру СТО. Резултат таквог приступа је да имају субоптималан добитак: оптимално решење би била доминирана стратегија, то јест сарадња кроз мултилатерални оквир (Светску трговинску организацију). *Mutatis mutandis* примењен концепт затвореникове дилеме води аналогiji да државе које поступају рационално кроз визуру сопственог интереса не остварују за себе корист коју би имале да (*prima facie*) поступају на начин који није у њиховом интересу. Рационална одлука држава чланица (оптирање за регионални приступ) резултирала је субоптималним резултатом, што је основна карактеристика модела игре засноване на затворениковој дилеми. Структура затвореникове дилеме у контексту тензије мултилатерална *versus* регионална либерализација може да се измени уколико се промени структура добитка: нпр, да се уведу санкције за државе које уђу у регионалне споразуме који не испуњавају услове из члана XXIV ГАТТ-а.

Литература/References

Cvetković, P. (2010). *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Cvetković, P. (2015). *Pravo javno-privatnih partnerstava*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Douglas, B. G. Gertner, R. H. Picker, R. C. (1998). *Game theory and the law*. Harvard University Press.

Dunoff, J. L. Trachtman, J. P. (1999). Economic Analysis of International Law. *Yale Journal of International Law*. 24(Winter). 1–55.

Oppenheimer, Joe, A. (2008). Rational choice theory. In *The Sage Encyclopedia of Political Theory*. London: London Sage Publications.

Von Neumann, J. Morgenstern, O. (2007). *Theory of Games and Economic Behavior (commemorative edition)*. Princeton University Press.

Załoski, W. (2013). *Game theory in jurisprudence*. Copernicus Center Press.

Predrag Cvetkovic, LL.D
Full professor
Faculty of Law, University of Nis

GAME THEORY AND LAW: THE EXAMPLE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION LAW

Summary

The ultimate goal of game theory is to provide a theoretical model for strategic situations' analysis, i.e. for situations where one actor's choice depends on the behavior of other players in the game. As a concept, game theory is also applicable to the legal context. Legal dialectics and processes are often conducted in some form of strategic interactions. Game theory is a way to see how legal rules affect particular actors' behavior. International Economic Law has its own dynamics which makes the process similar to the analysis through the game theoretical tools. Therefore, the rules of international law are considered as the rules of the game that are taking place among different actors. Game theoretical considerations clarify the substance of the interaction and cooperation of players involved (states, international organizations and other actors). Game theory provides a basis for normative analysis of the issue of implementation of the rules of international law and improves understanding of those rules. The topic of the paper is the application of the game theory in the context of the legal framework established by the World Trade Organization. The member states' dilemma between using the advantages and liberalization options provided by the WTO on the one hand, and joining the regional trade agreements, on the other one, is strategic by nature. Therefore, game theory can contribute to understanding and resolving, using the game of "prisoner's dilemma" as a model. It is the game which clearly shows that a group of rational egoists can end up worse than a group of actors that acts prima facie contrary to their own interests. "Prisoner's dilemma" demonstrates why society and law has the need for coordination as well as mechanisms for co-operation. WTO member states put emphasis on the process of liberalization conducted in the framework of regional trade agreements (RTAs); at the same time, their participation in WTO negotiations is not effective and efficient enough to make a breakthrough in the multilateral framework. A solution of the game for Member States is not to cooperate: i. e, liberalization is primarily achieved through regional agreements rather than within the WTO. The rational decision of the Member States (opting for a regional approach) has resulted in a suboptimal result, which is a basic characteristic of the game model based on a prisoner's dilemma: in this case, the optimal solution would be cooperation through a multilateral framework (World Trade Organization).

Keywords: WTO, Game theory, Prisoners dilemma.

Др Марина Димитријевић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881103D

UDK: 336.1/5
Раd примљен: 20.09.2018.
Раd прихваћен: 24.10.2018.

РЕЛЕВАНТНА ОБЕЛЕЖЈА САВРЕМЕНОГ ЈАВНОГ ФИНАНСИРАЊА*

Апстракт: За новац који порески обвезници на име својих пореских обавеза (обавеза по основу јавних прихода) издвајају за државну „касу“ потребно је обезбедити вредност (value for money) у виду одговарајућег обима и квалитета јавних добара и јавних услуга. У таквом захтеву проналази се основа здравог финансијског управљања у јавном сектору, као и формирања поверења јавног мњења у јавно финансирање, које би требало да карактеришу одговорност и транспарентност у коришћењу јавних средстава и адекватни резултати у обављању јавних послова. Аутор у раду заступа став да развијени систем контроле прикупљања и трошења државног новца има велики утицај на доношење исправних одлука у вези са будућим усмеравањем средстава из буџета, што ће се адекватно одразити на очување општеприхваћених вредности у једном друштву и, истовремено, смањити ризик проневера, превара и ненаменског трошења јавних средстава. Наведено је од фундаменталне важности јер се, у савременим условима, обезбеђење квалитетног процеса јавног финансирања и реализација одабраних јавних политика и њихових циљева сусрећу са пуно изазова. Наиме, посредством буџета врши се прерасподела и трошење великог дела националног дохотка данашњих држава, те су све израженија настојања реформисања улоге државе у друштву и привреди у смислу да се опсег јавног сектора смањи и ограничи постојећи ниво јавне потрошње. Потпуни ефекти таквих предузетих реформских подухвата биће видљиви и мерљиви тек у

* marina@prafak.ni.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

наредном периоду. Неспорно је, стога, отворено и чека поуздан одговор и питање како ће се они одразити на достигнути ниво друштвеног развоја.

Кључне речи: *јавне потребе, јавни сектор, јавно финансирање, јавна средства, јавне политике, друштвене вредности, савремено доба.*

1. Увод

Огромна потрошња јавног сектора се, у стручним круговима, често означава као један од покретача кризних поремећаја у данашњим економијама. У околностима нагомилавања буџетских дефицита и раста јавног дуга одговорно вођење фискалне политике (*fiscal policy*), тј. политике јавних прихода и јавних расхода добија статус приоритетне активности влада бројних земаља. Достизање вишег нивоа делотворности, боља организација и функционисање јавног сектора, као и потреба да његово финансирање мање „кошта“ грађане и привредне субјекте (обвезнике јавних прихода), сада су већ недвосмислено манифестовани захтеви у јавном мњењу. Укупну фискалну позицију држава потребно је побољшати а то неизоставно, поред економског раста, подразумева рационализацију постојећег јавног трошења и преиспитивање величине јавног сектора. Ширење јавне потрошње има своје границе а фискална одрживост у дужем року одредница је којој већина држава, суочена са кризом у сфери јавног финансирања, тежи.

Буџет представља „огледало“ јавних финансија једне земље. Велики износи јавних средстава прикупљају се у буџету. Преко њиховог опредељивања за финансирање конкретних јавних добара и јавних услуга исказују се приоритети развоја друштва. Тиме се, неспорно, пружа и финансијска потпора очувању друштвених вредности, тј. штити држава и њени интереси у разним областима друштвеног живота. Потенцијалне промене у процесу јавног финансирања, сходно томе, треба да буду пажљиво и детаљно осмишљене и предузете. Данашње јавно финансирање, општепозната је чињеница, реализује се у контексту који подразумева много веће захтеве и стандарде у односу на јавно финансирање у неким ранијим временима.

Релевантна обележја савременог јавног финансирања предмет су интересовања аутора овог рада. У циљу њиховог адекватног препознавања, најпре су разматрана актуелна усмерења у области управљања финансијском делатношћу државе. Потом је, у делу који следи, обрађена проблематика постизања друштвеног оптимума у коришћењу јавних средстава и

реализацији одабраних јавних политика а указано је и на неке основне аспекте промена, које су одвијају, у процесу јавног финансирања. Посебна пажња је, у завршном делу рада, посвећена буџетским програмима као фундаменталној категорији савременог јавног финансирања. Буџетски програми су механизам за мобилизацију јавног новца у одређене сврхе и тиме својеврсни инструменти у функцији реализације јавних политика и очувања друштвених вредности.

2. Актуелна усмерења у области управљања финансијском делатношћу државе

Управљање јавним финансијама, односно управљање државном финансијском делатношћу сложен је процес. Значење термина управљање финансијама државе у савременим условима доживљава преображај у смислу проширивања свог опсега са уско дефинисаног државног буџета на све аспекте управљања јавним ресурсима, тј. обухвата прикупљање јавних прихода, њихову расподелу и трошење за одређене намене у виду јавних расхода, као и управљање јавним инвестицијама, јавним дугом и фискалним ризицима. Уз то, домен управљања јавним финансијама проширује се са уско дефинисаног буџета централног нивоа власти и на буџете субцентралних нивоа власти и шире схваћен укупан јавни сектор, укључујући јавна предузећа и јавно-приватна партнерства.

Неколико је фундаменталних циљева које треба достићи јачањем процеса управљања јавним финансијама (Fritz, Sweet, Verhoeven, 2014: 8): *достизање вишег нивоа укупне фискалне дисциплине* – буџет би требало да буде у складу са реалним макроекономским оквиром и одрживим фискалним програмом; *остваривање боље алокативне ефикасности или стратешке приоритизације* – алокација ресурса треба бити сагласна државним приоритетима како би се максимизирало друштвено благостање; *побољшање оперативне (техничке) ефикасности* – јавни ресурси треба да буду ефикасно коришћени у намене за које су алоцирани, без расипања и губитака. У принципу, систем јавног финансирања (буџетирања) треба да поседује способност квалитетног обављања три главне функције (Diamond, 2002: 3): осигурање контроле јавних издатака тако да они буду конзистентни са законом о буџету; стабилизација економије ефикасним прилагођавањем фискалних агрегата; промовисање ефикасног пружања јавних услуга.

Успешно управљање финансијском делатношћу државе (финансијском привредом) нужно подразумева и поглед у прошлост, односно уважавање поука и лекција из претходних кризних периода (Schick, 2013: 19). Оне су усмерења за ублажавање (избегавање) будућих фискалних шокова.

Потребно је нагласити да кључни значај за одолевање кризама у лошим временима има понашање влада у добрим временима. Такође је битно објективно оценити да ли држава (јавни сектор) функционише унутар својих финансијских могућности. Поред тога, важно је уважити и фискалне ризике које су владе преузеле с обзиром на то да ризици који су преузети, када је економија била у добром стању, доспевају на наплату у време када економија слаби.

Перманентно је финансирање јавног сектора изложено захтевима буџетских корисника за већом јавном потрошњом него што то дозвољава економска база опорезивања. Врло је изражен и притисак да се настави са финансирањем постојећих недовољно ефикасних програма јавне потрошње, иако се други – новији програми процењују као адекватнији. Не ретко се запоставља тј. ставља по страни и чињеница да је новац, прикупљен у буџету, заправо новац обвезника јавних прихода који би, на одговарајући начин и уз остваривање потребних резултата, требало да троше корисници буџетских средстава. У овом процесу трошења буџетског новца потребно је да постоји интегрална веза буџетских прихода и буџетских расхода. Приходна и расходна страна финансијске привреде државе не смеју бити обликоване засебно (саме за себе) без уважавања актуелних (измењених) друштвено-економских и политичких прилика. Кориснике средстава из буџета, који су у својим захтевима за буџетским средствима неретко нереални значајно је стално подсећати на околност да потреба за изградом и усвајањем закона о буџету у парламенту сигурно не би постојала када би укупна вредност буџета могла да расте тако да задовољи све њихове захтеве.

Наиме, потрошња буџетских средстава треба да се одвија уз поштовање јасно дефинисаних критеријума и мерила и присуство завидног нивоа фискалне дисциплине. Истовремено, сагледавање различитих алтернатива коришћења државног новца и правилно утврђивање приоритета нужно је довести у везу са рационалним трошењем јавних средстава и одговорношћу буџетских извршилаца за остваривање планираних буџетских задатака, а све у намери очувања и унапређења постојећег нивоа развоја друштва, као и спречавања исцрпљивања лимитираних финансијских ресурса. Неопходно је јавна добра и јавне услуге обезбеђивати на трошковно ефикасан начин уз вођење рачуна о њиховом обиму и квалитету. Нарочито је при томе потребно избегавати оно смањење јавних расхода које би за последицу могло да има веће друштвене штете од друштвених користи. Постоји могућност да одређени видови смањења јавне потрошње доведу до смањења квалитета услуга које пружа јавни сектор или до смањења њиховог обима испод оптималног нивоа. Примера ради, смањење броја

запослених и реалног нивоа зарада у јавном здравству може да доведе до одласка најспособнијих кадрова у иностранство и у приватни сектор, а тиме и до смањења квалитета здравствених услуга, као и до преваљивања дела трошкова на кориснике ових услуга; смањење квалитета услуга у јавном образовању, које може да настане због недовољног броја наставника, неодговарајућих зарада, неадекватног улагања у њихово професионално усавршавање и у модерну опрему, може трајно да смањи конкурентску способност земље; смањење броја полицајаца може да утиче на смањење безбедности, а у истом смеру могу да делују и смањење реалних зарада полицајаца и њихова лоша техничка опремљеност; смањење броја запослених у пореским органима или значајније смањење реалне вредности зарада које примају може да доведе до њиховог мањег залагања у раду и раста сиве економије; смањење субвенција за пољопривреду може да има за последицу пад пољопривредне производње и смањење извоза. Из наведених примера не следи закључак да уштеде новца у разним областима јавног сектора нису могуће нити да нису потребне. Напротив, важно је да су оне промишљено одабране и да се исто тако спроводе (Arsić, 2009: 81).

Рационализација јавних издатака у својој суштини подразумева јасне стратешке циљеве и приоритете фискалне политике, смањење средстава унутар буџетских програма ради њихове ефикасније употребе и јачање организационе структуре и управљачких способности буџетских извршилаца на свим нивоима. У ограничавању прекомерне државне потрошње и њене неправилне структуре тежи се пронаћи један од модалитета остваривања позитивног дејства на перформансе и динамику привредног раста, односно општи прогрес у друштву. Реално је, како искуство потврђује, очекивање да обим и интензитет овог дејства не буде истоветан у свим земљама услед постојања спектра различитих социјалних, културолошких и географских прилика (Tanzi, Schuknecht, 2000: 161–164). Њима треба додати и политичке прилике. Коалиционе владе су, најчешће, мање погодне за обезбеђивање потребног нивоа рационализације у области јавне потрошње и, посебно, у реализацији фискалних рестрикција (ограничења), као незаобилазног предуслова за макроекономску стабилизацију (Madžar, 2008: 13). Стога се све више показује нужним постављање решавања кризе јавних финансија унутар ширег оквира предузимања мера економско-политичке природе, као и ремоделирања постојеће релације законодавне и извршне власти.

3. Друштвени оптимум у коришћењу јавних средстава и одабране јавне политике

Формирана политичка воља у држави налази свој одраз у државном буџету. Кроз буџет се, на особени начин, огледају активности које у ограниченом временском периоду (најчешће периоду од годину дана) држава намерава да предузима у разним областима друштва. У скупштинској расправи о предлогу закона о буџету, а потом и кроз усвајање закона о буџету долазе до изражаја схватања и ставови политичких странака о кључним потребама и проблемима (начинима њиховог решавања) у актуелним околностима. Јавно финансирање (буџетирање), заправо, показује шта извршна власт (уз подршку законодавне власти) намерава да ради са државном „благајном“, на који начин је осмислила да троши јавни новац и за које намене, тј. да ли ће и у којој мери та потрошња бити контролисана.

Основни захтев који се поставља пред савремене буџетске системе тиче се проналажења друштвеног оптимума у коришћењу јавних средстава, односно заштите јавних средстава од незаконитог, нерационалног или нецелисходног трошења. Тиме се стварају претпоставке за успешну имплементацију одабраних јавних политика и очување вредности у друштву. Савремена држава, поред традиционалних (класичних) функција и задатака (успостављање правног поретка, очување спољне и унутрашње безбедности), обавља и бројне функције и задатке у области јавног образовања, јавне здравствене заштите, социјалног старања и другим областима (нпр. субвенционисање пољопривреде, изградња инфраструктуре, подстицање научних истраживања). Добро усклађене и у јавности широко прихваћене јавне политике имају капацитет да резултирају остваривањем економског и друштвеног развоја. У овом смислу показатељ ефикасности у јавном сектору (ефикасност представља максимизирање користи и мери се односом искоришћених ресурса и резултата) посебно је погодан за побољшање управљања јавним политикама, повећање одговорности и доношење квалитетнијих одлука кроз пружање повратних информација о оствареним резултатима. Активности и мере, које се предузимају у циљу подизања ефикасности јавног сектора, најчешће су засноване на: посматрању јавних организација као функционалних јединица и раздвајању функција креирања конкретне јавне политике од надзора над њом и пружања конкретних јавних услуга; увођењу конкуренције у јавни сектор, непосредно или путем квазитржишних механизма, у сврху унапређења ефикасности и избора корисника јавне услуге; наглашеној употреби система мотивисања за рад запослених у јавном сектору (Hagen, Sitten, 2006: 1–24).

Интересантно је указати да се унапређење коришћења јавних средстава, а ради реализације одабраних јавних политика, постиже формулисањем нових начела, значајнијом улогом буџетских институција и одговорним ангажовањем креатора буџетског процеса, са основном намером да се држава учини штедљивом. Саме буџетске институције утичу на фискалне резултате јер одређују „правила игре“ међу буџетским корисницима са различитим подстицајима (интересима) за придржавање фискалне дисциплине у обављању њихових сопствених функција (Вајо, 2006: 19).

Расподела буџетских средстава има пуно аспеката и управо зато је конфликтни потенцијал у буџетској области огроман. У етапи припреме и доношења закона о буџету, али и прописа који уређују јавне приходе и неким од њих одређују намену, битно је „уградити“ *оријентацију на учинке* и ефикасност употребе јавних средстава. Такође, у буџетској процедури треба избегавати успостављене рутине. Системска рационалност у јавној потрошњи пожељан је циљ, чија реализација подразумева адекватну подршку у виду одговарајуће структуре кредибилних и по процедурама препознатљивих институција. Битни су и владавина права и „здравље“ целог процеса јавног финансирања.

Ради објективности треба истаћи да се често, приликом одлучивања о буџетским ставкама, мање или више скривено од „очију“ јавности, јављају снажни процеси лобирања, бирократизације па и, много пута, нелојалне конкуренције међу корисницима буџетских средстава. Из тог разлога на министарство финансија, као ресорно у сфери јавног финансирања, пада велики терет обезбеђивања и развијања високе стручне експертизе и стварања специфичних вештина у побољшању односа међу учесницима буџетског процеса и самим буџетским корисницима. Вештина заобилажења неуралгичних, конфликтима прожетих подручја, вештина избегавања конфликта у осетљивим областима које се не дају заобићи, као и вештина релативизовања и смиривања конфликта у ситуацијама у којима они ипак избију, по својој природи, кључне су очекиване вештине министарства финансија у процесу расподеле унапред одређених (фиксираних) јавних ресурса (Маџар, 2008: 53–54).

Да би се остварио друштвени оптимум у коришћењу јавних средстава и имплементирале одабране јавне политике, незаобилазно је постојање компетентног буџетског сектора министарства финансија као „оперативног центра“, из кога треба на одговарајући начин руководити буџетским системом и унапређивати га, односно централно надзирати буџетске секторе (службе) ресорних министарстава и осталих буџетских корисника. У ову сврху, буџетски сектори министарства финансија, у

већини земаља, користе специјализована софтверска решења. Посредством специјализованих софтверских алата у великој се мери аутоматизује и олакшава координација података великог броја учесника у буџетском процесу, али и омогућава складиштење и праћење релевантних индикатора и статистика, упоредна анализа различитих буџетских корисника, као и истих корисника током времена.

Кређибилни оквир за пројектовање буџетских расхода за финансирање постојећих јавних политика кључни је предуслов за успешно средњорочно буџетирање (финансирање). Средњорочни буџетски оквир обухвата главна питања која се односе на одређивање основне јавне политике, планирање нових јавних политика, као и повезивање годишњег буџета са проблематиком вишегодишњег финансирања. Продужавањем буџетског хоризонта са једне на неколико наредних година намерава се постићи већа стабилност и предвидивост фискалне политике и ефикасније трошење јавних средстава у средњем року. Важно је и постојање квантификованих средњорочних секторских планова и/или средњорочне стратегије развоја, како би се адекватно спровела приоритизација јавних расхода. У извесном смислу, средњорочни буџетски оквир остварује ефекат дисциплиновања доносиоца одлука. Пре давања сагласности на нову јавну политику треба озбиљније узети у обзир евентуалну могућност потенцијалног великог повећања трошкова те политике током времена. Значајно је избегавати оне нове јавне политике које би могле да доведу до неодрживог стања у фискалној области (Фискални савет Републике Србије, 2014: 14; Министарство финансија Републике Србије, 2015: 12).

4. Промене у процесу јавног финансирања

У многим земљама „кључ“ за решавање одређеног дела испољених проблема у процесу јавног финансирања покушава се пронаћи у успостављању и јачању тзв. фискалне одговорности, као и у добро осмишљеном преласку са линијског (инкременталног) на програмски буџет.

4.1. Успостављање и јачање фискалне одговорности

Појам *фискална одговорност* опире се једнозначном дефинисању јер у себи укључује низ елемената финансијског, политичког и (све више) правног карактера. Са финансијског становишта, фискална одговорност подразумева обавезу да се донесе промишљени план јавних прихода и јавних расхода (буџет), као и обавезу да се он стриктно извршава у функцији друштвеног (економског) развоја и очувања умереног јавног дуга, односно његовог постепеног смањења, као и умањења буџетског дефицита. Са

политичког становишта, фискална одговорност јесте одговорност владе према парламенту и јавности за такво управљање јавним финансијама које неће водити прекомерном убирању средстава од грађана и привреде, као ни њиховом непримереном трошењу. Са правног становишта, фискална одговорност омогућава утврђивање прекршајне, материјалне и кривичне одговорности оних државних службеника и органа који су своја овлашћења за управљање средствима из буџета употребили мимо законских норми и подзаконских аката. Неспорно, постојањем високог нивоа фискалне одговорности потврђује се компетентност управљача државним пословима (Ćulibrk, 2011: 950).

У кризним временима је нарочито битно са што мањом пореском пресијом подмиривати јавне потребе. Стога се константни циљ управљања јавним сектором и огледа у истраживању могућности да се смање јавни издаци, тј. трошењем алоцираних буџетских средстава постигну што бољи учинци. При томе треба истаћи да је мерење учинака у јавном сектору сложен и захтеван технички процес (задатак) често праћен код корисника средстава из буџета, изостанком мотива да се минимизирају трошкови како би укупан ефекат јавне потрошње био друштвено оптималан у датим околностима. Субјекти буџетске потрошње најчешће нису расположени и спремни да следе захтеве штедљивости и рационалности (Анђелковић, 2009: 113). Упркос томе, јасно прописана одговорност у домену управљања јавним расходима и служи да се одржи контрола над јавном потрошњом и осигура распоређивање средстава на одређене намене у складу са приоритетима владе. Питање фискалне одговорности се, уосталом, и покреће у намери да се добије одговор у вези са начинима трошења буџетских средстава, односно резултатима који су тиме постигнути.

4.2. Од линијског ка програмском буџету

Промене у моделу јавног финансирања треба да омогуће да оно данас, као и у будућности, буде здраво и одрживо.

Линијско финансирање представља традиционални модел јавног финансирања. Буџети бројних држава у свету су, временски прилично дуго, имали облик (формат) линијског буџета. *Линијски буџет* (буџет по линијским ставкама) представља припрему буџета на бази улазних елемената и то обично на основу детаљне класификације расхода. Наиме, расходи су унутар буџета класификовани према организацијском и економском циљу расхода – тзв. линијска ставка. Овај облик буџета повезује финансијска средства са оним што ће се набављати (улазни елементи – параметри) – нпр. колико ће новчаних средстава бити потрошено на зараде, возила,

комуналије, зграде итд., али не објашњава како ће се (на који начин) сваком од ставки постићи (различити) резултати. Дакле, изражена је једностраност у наглашавању *input*-а, тј. трошкова а мало се води рачуна о резултатима буџетске потрошње у виду остваривања појединих циљева буџетске политике.

Будући да је фокусиран на краткорочну доделу средстава, не изненађује околност да линијски буџет тиме ствара простор за занемаривање дугорочних стратешких циљева развоја друштва, као и да ограничава могућност ефикасног управљања јавним средствима. Овакав традиционални систем буџетског и финансијског управљања, са обележјима „слепог“ придржавања правила и процедуре и детаљне централне контроле *input*-а, није у најбољој функцији очувања и даљег развијања друштвених вредности. Ова констатација произилази из чињенице да линијски буџет пружа информације о уложеним средствима, али не и о ефектима трошења тих средстава, о томе да ли су постигнути потребни резултати и остварени планирани друштвени циљеви, да ли је утрошено више средстава за одређене намене него што је било потребно. Наведено може бити препрека правовременој анализи испољених проблема одабраних јавних политика.

Стога је потпуно исправан захтев да јавни издаци буду чвршће повезани са оним што ће се њима постићи. Јасно треба раздвојити трошкове постојећих јавних политика од трошкова нових програма (активности, пројеката) које влада, у виду редефинисаних актуелних или нових јавних политика, жели да спроводи. Другим речима, потребно је знати колико ће новца бити утрошено на сваки од (излазних) резултата (*outputs*) који треба да користе друштву (грађанима). Тиме би се анулирала суштинска замерка „на рачун“ линијског буџета која се тиче његове слабе употребивости приликом утврђивања приоритетних јавних расхода, односно формата буџета који не може да помогне да се адекватно одреде приоритети у јавној потрошњи и донесу квалитетне буџетске одлуке.

Решење се проналази у напреднијем моделу јавног финансирања – *програмском финансирању*. Оно је резултат мењања принципа на којима треба базирати финансирање јавног сектора и у складу је са развојем државних институција, политичке зрелости и демократских процеса у друштву. Квалитетном имплементацијом програмског финансирања показује се спремност и способност носилаца (субјеката) буџетске политике да остваре ефикаснију расподелу лимитираних буџетских средстава и, на прави начин, штите јавни интерес и друштвене вредности.

Дисагрегацијом функционалне класификације јавних (буџетских) расхода по појединачним програмима (програмским активностима и пројектима) линијски буџет постаје програмски. Програмска структура буџета омогућава да се информације о активностима буџетских корисника систематизују на униформан начин. Постојање квалитетне програмске основе буџетирања подразумева промене у следећим елементима: 1) било који постојећи програм мора да буде постављен у шири контекст стратешког буџетског планирања; 2) такво стратешко планирање требало би укључити у средњорочни буџетски оквир, што подразумева поновно дефинисање и побољшање постојећих програмских структура; 3) треба увести нови систем одговорности и буџетских подстицаја (Diamond, 2006: 17).

Израда програмског буџета заправо „преводи“ релевантне стратегије и законске надлежности буџетских корисника у одговарајуће циљеве и резултате, а преко њих и у јавне расходе. Састоји се од најмање три фазе: 1) *фаза планирања* – у овој фази утврђује се листа приоритета а затим се дефинишу циљеви које треба дугорочно остварити; 2) *фаза програмирања* – одређују се активности (пројекти) и врши њихово груписање у програме на основу којих ће циљеви бити реализовани; 3) *фаза буџетирања* – расположива финансијска средства распоређују се у складу са дефинисаним програмима.

Програмски буџет карактеришу следећа обележја: расходи се одређују према уже дефинисаним надлежностима буџетских корисника; намена и начин трошења буџетских средстава уређени су преко буџетских програма, као носиоца трошкова; фокус је на учинку, резултатима и ефектима утрошених буџетских средстава; транспарентнији је и разумљивији за грађане – кориснике јавних услуга; примењен је менаџерски приступ у управљању буџетским финансијама у јавној управи (Kabok, 2016: 120).

Из напред наведених обележја произилазе предности програмског финансирања: најкориснији је модел јавног финансирања када исходе треба повезати са расположивим средствима; модел је јавног финансирања који потенцира импликације одабраних (примењених) јавних политика; дозвољава да се буџет посматра у целини и да се различити конкурентски захтеви буџетских корисника сагледају истовремено; влади и јавном мњењу омогућава једноставније формирање мишљења о алокацији буџетских средстава (Анђелковић, 2010: 63).

Несумњиво, програмско финансирање доприноси *фискалној транспарентности*, која подразумева отвореност у погледу циљева фискалне политике, формулисања и примене буџета.

У савременој литератури захтев за транспарентношћу буџета истиче се као изразито значајан за достизање квалитетног процеса јавног финансирања. Овај захтев се даље разлаже на специфичне захтеве, тако да је могуће разликовати *четири димензије транспарентности*. Прва димензија састоји се у броју докумената кроз које се нуди и пружа одређена количина информација. Друга димензија огледа се у могућности независног проверавања података који се нуде у буџетским документима. Трећа димензија своди се на обавезу избегавања произвољног и намерно нејасног језика, као и на обавезу да се подаци уреде у складу са важећим и општеприхваћеним рачуноводственим стандардима. Четврта димензија испољава се у обавези да се за све податке дају јасна и потпуна објашњења и да се експлицитно и јасно износе претпоставке на којима се буџет заснива (Von Hagen, 2007: 31).

5. Буџетски програми – инструменти у функцији реализације јавних политика и очувања друштвених вредности

У условима примене програмског буџета својим значајем се истиче категорија *буџетских програма*, на које се врши алоцирање активности и трошкова ради остварења одређеног стратешког циља у пракси. То тражи и промене у природи буџетског извештавања – извештавање по врстама расхода (издатака) и организацијским јединицама постаје секундарно, а извештавање по програмима и субјектима који су носиоци програма (буџетским корисницима) постаје примарно. Функционисање буџетских корисника првенствено се исказује по конкретним програмима (активностима, пројектима) што коначно њихово постојање и трошкове које узрокују доводи у везу са оним што раде (са реализованим активностима и пројектима). Ови трошкови се, дакле, не подразумевају сами по себи за разлику од линијског буџета, где се трошкови функционисања планирају и подразумевају без обзира на реализоване програме и произведене ефекте.

Програмско финансирање, по својој природи, значи постојање конкретних програма за које су у буџету одвојене одређене суме новца. Оно и представља планирање, одобравање и извршавање расхода у смислу програма. Самим програмима се групишу расходи за сврхе одређене јавне политике. Ефикасна расподела средстава оствариће се уколико влада има способност да буџетска средства усмери на основу постављених приоритета и ефективности програма. Таква расподела обухвата и преусмеравање средстава са старих на нове приоритете или са мање продуктивних на продуктивније активности, а све сагласно циљевима владе (Димитријевић, 2016: 112).

Усмеравање средстава се, у амбијенту програмског финансирања, врши на решавање јасно идентификованих проблема у друштву, чиме је креаторима владине (државне) политике омогућено успостављање адекватнијег односа између тражених ресурса, стратегија, програма (програмских активности и пројеката) и резултата у конкретној области, финансираној из буџета. Тиме су створене могућности за достизање веће нето друштвене користи буџетских програма, као и за очување општеприхваћених вредности у разним сферама друштвеног живота.

Планирање, односно очекивање резултата и праћење свега што је, у претходним периодима, остварено са одобреним и искоришћеним средствима, налази се у средишту програмског модела јавног финансирања (Тешановић, Костић, Панић, 2011: 315). И заиста, јавне политике у разним областима друштва „осликавају“ се у програмском буџету јер се трошкови директно везују за спровођење програма, програмских активности и пројеката којима се саме јавне политике и остварују (Ђулић, Павловић, Драшковић, 2015: 7). Праћење јавних политика континуирани је процес прикупљања и анализирања информација у току имплементације дате јавне политике, са фокусом на њене резултате, а у циљу упоређивања квалитета реализације дате политике наспрам постављених циљева (Žarković Rakić, Aleksić Mirić, Marić, Lazarević, Miletić, 2014: 16). У овом смислу посматрано, неспорна је тврдња да се програмским финансирањем омогућава боља приоритизација јавних издатака (Robinson, 2013: 1) и чини сложенијом одговорност носилаца јавних политика, између осталог, и за очување друштвених вредности.

6. Закључак

Јавно финансирање у конкретној земљи у непосредној је вези са карактером државног уређења, степеном централизације државе, улогом државних органа у извршавању одређених државних функција, тј. својеврсни је одраз њеног постојећег друштвено-економског и политичког амбијента.

Кључни захтев, у савременим условима, је да политика управљања јавним новцем, као једна од најзначајнијих политика на националном нивоу, буде тако формулисана и имплементирана да цело друштво има користи од јавних средстава, на начин да се осигура што бржи економски, социјални, политички и општи културни напредак, односно очувају и даље развијају друштвене вредности. Ради тога је неопходно перманентно унапређивати поступке надзора над прикупљањем и употребом јавних средстава у одређеном обиму и за конкретне намене, како би се обезбедила фискална дисциплина и што квалитетније ангажовање средстава из буџета у

правцу реализације стратешких приоритета у развоју државе и друштва. Фискална дисциплина, фискална одговорност, фискална транспарентност и оријентација на учинке трошења државног новца, позитивна су обележја процеса јавног финансирања у којима се може препознати гаранција квалитетног управљања јавним финансијама.

Литература/References

Анђелковић, М. (2010). *Буџетско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Анђелковић, М. (2009). Усавршавање метода буџетирања – пут ка рационализацији јавне потрошње. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. LIII. 109–123.

Arsić, M. (2009). Fiskalna konsolidacija i reforma javnog sektora. *Kvartalni monitor*. 17. 76–83.

Bajo, A. (2006). *Proračunski sustav – ornament ili sredstvo upravljanja državnim financijama*. Zagreb: Institut za javne financije.

Von Hagen, J. (2007). Budgeting Institutions for Better Fiscal Performance. In A. Shah (Ed.), *Budgeting and Budgetary Institutions* (pp. 27–51). Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank.

Diamond, J. (2006). Budget System Reform in Emerging Economies: The Challenges and the Reform Agenda. *IMF Occasional Paper*. No 245. 1–118.

Diamond, J. (2002). The Micro Basis of Budget System Reform: The Case of Transitional Economies. *IMF Working Paper*. WP/02/105. 1–31.

Димитријевић, М. (2016). Комплексност промена у домену управљања јавним расходима. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 72(LV). 105–122.

Ђулић, М., Павловић, В., Драшковић, В. (2015). *Евалуација и мониторинг планиране буџетске потрошње на програмској основи за ЈЛС са територије АП Војводина за 2015. годину*. Београд.

Žarković Rakić, J., Aleksić Mirić, A., Marić, S., Lazarević, M., Miletić, J. (2014). *Priručnik za praćenje i evaluaciju politike reforme javne uprave*. Beograd: Fondacija za razvoj ekonomske nauke, Centar za evropske politike.

Kabok, J. (2016). Komparativna analiza linijskog i programskog budžetiranja na primeru visokog obrazovanja u Republici Srbiji. *Megatrend revija*. 1(13). 117–130.

Madžar, Lj. (2008). *Mehanizmi za mobilizaciju i alternative alokacije javnih sredstava*. Studija br. 1. Beograd: Ministarstvo finansija.

Министарство финансија Републике Србије (2015). *Програм реформе управљања јавним финансијама 2016–2020*.

Robinson, M. (2013). *Program Classifications for Performance – Based Budgeting: How to Structure Budget to Enable the Use of Evidence*. Washington: Independent Evaluation Group, International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank.

Schick, A. (2013). Lessons from the crisis. *OECD Journal on Budgeting*. 8(12). 1–29.

Tanzi, V., Schuknecht, L. (2000). *Public Spending in the 20th Century*. Cambridge University Press.

Тешановић, Б., Костић, Р., Панић, Д. (2011). Програмски буџет и менаџмент јавним финансијама. *Војно дело*. 314–328.

Ćulibrk, M. (2011). Fiskalna odgovornost. *Pravni život*. 10(LX). 949–964.

Фискални савет Републике Србије (2014). *Буџетски процес у Републици Србији: Недостаци и препоруке*.

Fritz, V., Sweet, S., Verhoeven, M. (2014). Strengthening Public Financial Management – Exploring Drivers and Effects. *Policy Research Working Paper 7084*. World Bank Group. Governance Global Practice Group. 1–53.

Hagen, K., Sitten, N. (2006). *Public Sector Reform and Economic Success: Nordic lessons to be learnt?*. The Centre for European and Asian Studies at Norwegian School of Management, Oslo, Report prepared for 20th IPSA World Congress Explaining Institutional Changes in Public Administrations: (RC27) Structure and Organisation of Government. 1–24.

Marina Dimitrijević, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law

University of Niš

RELEVANT FEATURES OF CONTEMPORARY PUBLIC FINANCING

Summary

The area of financing public needs is very complex. At the same time, in the modern age, it faces many challenges and it is exposed to numerous changes. They are reflected in both minor and permanent changes in the system of public revenues and public expenditures, as well as in more extensive and more comprehensive reform activities in the public finance sphere. Innovation of ideas on the concept of functioning and financing of the public sector, as well as the implementation of such ideas, in the first decades of the 21st century, are present in many countries. Through the improvement of institutions and procedures in the budget process, with significant fiscal transparency, an enviable level of fiscal discipline should be achieved, accompanied by lower macroeconomic costs. Also, it is necessary to devise the most efficient modalities of obtaining and spending public funds and to regulate them in a proper manner in order to contribute to the preservation of social values, solving the problem of high public spending and huge public expenditures. All of the above, as well as the establishment of fiscal responsibility and “sharpened” awareness in the direction of promoting better performance in the management of public affairs and the implementation of selected public policies, are desirable relevant features of contemporary public financing. Their full goal is worth the especial attention and it is realistic to expect that the “path” to such a goal is not at all easy.

Keywords: *public needs, public sector, public funding, public funds, public policies, social values, contemporary times.*

Др Михајло Цветковић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881119C

UDK: 347.7:004.31.4.01
004.31.4.01

Раd примљен: 30.09.2018.
Раd прихваћен: 16.11.2018.

НОВЧАНЕ ОБАВЕЗЕ И КРИПТОВАЛУТЕ**

Апстракт: Упореден за златом, готовином и жиралним новцем, биткоин је у раду представљен као средство за размену, функционално слично електронском новцу. Биткоин је познат као децентрализована, конвертибилна, дефлаторна и нестабилна криптовалута без државне контроле и заштите. Једнако је значајна отворена и глобална Биткоин рачунарска мрежа за online трансакције, без сувишних посредника, другачија од традиционалних система за плаћање. Поље примене виртуелних валута одређено је њиховим неуобичајеним карактеристикама, али и разноликим упоредно-правним режимом. Најпре као предмет кривичних судова и пореских органа, криптовалуте и пратећи субјекти сада су појмови одређени на нивоу директива ЕУ. Уговорни односи и новчане обавезе попримају нове облике у крипто окружењу па се отвара питање колико је позитивно право способно да апсорбује до недавно неоствариве концепте. Приватност и слобода коју криптовалуте доносе имају и своје налицје, а правни поредак је највише на њега фокусиран. Са друге стране, ризици у правном послу у вези са криптовалутама остају нерешени, иако је субјектима грађанског права најпре ту потребна заштита.

Кључне речи: новац, биткоин, средство плаћања, криптовалуте, електронски новац, уговор.

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

1. Увод

Од неколико стотина, Биткоин је најпопуларнија криптовалута, настала 2009. То је дигитално добро са свим функцијама новца: мерило вредности, средство размене, чувар богатства. Заснива се на криптографији и децентрализованом јавном књижи, тако да је фалсификовање немогуће. Захваљујући оскудности и уникатној идентификацији до 100-милионитог дела, виртуелни новчић је конвертибилан – заменљив за робу, услуге и званичне валуте. Због интеракције са „реалном“ економијом и правним прометом, криптовалуте привлаче пажњу правника.

Биткоин није заснован на ауторитету и поверењу, него на математици и самоинтересу. Зато се отвара питање како регулисати ову појаву: рестриктивно – што је унапред изгубљена битка, или „меко“, подржавањем иновација на рачун правне сигурности. Биткоин заобилази све традиционалне монетарне структуре, па је спорно да ли смо на пољу јавног или приватног права. По многим карактеристикама он има јаче аргументе од класичних валута, што му истовремено ствара моћне непријатеље.

Биткоин је предмет доктрине, прописа и судских одлука. Посматра се као сервис за плаћање, финансијски инструмент, нова Е-трговина. Третира се као капитал, опорезива имовина, валута, стварно или облигационо право, уговорно потраживање, хартија од вредности, легитимациони знак. Проучавају се ризици за субјекте, међу којима су, поред традиционалних (исплатилац, прималац исплате) и неки нови (нодови, рудари, мењачи, чувари). Правне норме стабилизују и афирмишу криптовалуте, а са друге стране угрожавају суштинске карактеристике због којих су оне привлачне (али и друштвено опасне). Средство размене увек је обележавало епоху у развоју људске цивилизације. Натурална размена, племенити метали, владарева кованица, државни папирни новац, приватне платне картице, довели су нас до информатичког доба.

Биткоин (велико Б) означава мрежу рачунара преко које се остварују платне трансакције, биткоин (мало б) је обрачунска јединица, скраћено BTC. Најважније цивилизацијске мреже су језичка која преноси мисли и новчана која преноси вредност. Гутенбергова машина је ослободила језичку мрежу од писарских центара моћи. Криптовалуте имају потенцијал да ослободе другу најважнију мрежу међу људима - новчану.¹ Бити „сам свој банкар“ лепо звучи, али обесмишљава неке нужне правне инструменте (нпр. принудно извршење) и отвара Пандорину кутију потенцијалних злоупотреба.

1 Бацковић Д. (2014), Све што би требало да знате о Биткоину, Retrived: 1.9.2018, from: <https://startit.rs/sve-sto-bi-trebalo-da-znate-o-bitkoinu/>

2. Криптовалуте и традиционалне новчане обавезе

2.1. Злато

Правнику је најлакше да разуме Биткоин уколико га упореди са познатим начинима за испуњење новчане обавезе. Најважнија сличност између злата и биткоина је њихова ограничена количина. Штавише, криптографска гаранција оскудности је јача, јер произилази из математике, док залихе златне руде нису познате. Модеран новац може произвољно да се штампа, а злато и биткоини морају се рударе. Како рудари копају један хипотетички рудник, тако се количина златне руде временом смањује, па је рударима све теже да одрже продуктивност. Код криптовалута уместо рудника постоји намерно тежак задатак. Укупан број биткоина је ограничен на 21 милион (тзв. 1. Биткоин принцип), и они се радом е-рудара постепено пуштају у оптицај. Планирано је да се емисија оконча 2140г. Управо зато је биткоин имун на инфлацију, и има добре особине злата (једнообразно, трајно, инертно), без његових недостатака. Биткоин се лакше преноси, обезбеђује и гранулише, не постоји проблем чистоће. Међутим, злато се историјски доказало, а Биткоин је неизвесност.

2.2. Класичан новац

Главна разлика између класичног новца и биткоина је његова децентрализованост. Нема централне банке, државе или наднационалне институције која га издаје и контролише. Класичан новац зависи од неког ауторитета на власти или од поверења. Такав систем подложен је корупцији, приватним интересима и манипулацији што потврђују велика депресија, светска економска криза, грчки дуг, домаћа хиперинфлација, као и глобалне разлике у богатству. Поред тога, националне валуте су веома осетљиве на унутрашње политичке проблеме и међународну нестабилност.

Поједини аутори истичу предности биткоина у односу на модерне валуте. Модеран новац се заснива на дугу и поверењу, Биткоин на добровољности и математици. Биткоин протокол означава транспарентна правила по којима систем функционише (Отворени код - 2. Биткоин принцип). Између осталог, софтвер контролише оптицај, онемогућава фалсификовање и „дупло трошење“ истог биткоина.

Слично готовини, располагање биткоином не зависи од трећег лица (тачније, има толико трећих да то није ни важно). Од ње се разликује пре свега по томе што је бестелесан. Биткоин чини неопипљиву имовину, у смислу Стварног права може се поистоветити са електричном енергијом у

акумулатору. Енергија и акумулатор су нераздвојиви, али различити, сама ел. енергија је неопипљива, али је људској власти и има одређену вредност.

Биткоин је дигитално добро, настаје и чува се електронски. Обрачунски новац, доминантан у платном промету, такође је неопипљив, евидентира се као салдо у књигама банака. Функцију књижења за Биткоин омогућава револуционарна Blockchain технологија. „Ланац блокова“ је online јавна књига свих трансакција. Омогућава транспарентност билансних стања и промена, без личних податка. Blockchain има примену у свим гранама права где се тражи веродостојна јавна књига, непромењиве историје. Потпуно ће реформисати финансијски сектор, осигурање, катастар, регистрацију покретности, матичне књиге, гласање, нотаризацију, проверу аутентичности докумената, ауторска права, извршење уговора, обезбеђење доказа.

У чему је разлика од жиралног новца? Новац на текућем рачуну је репрезентација класичног новца, гласи на валуту и представља дуговање банке - примаоца депозита, према полагачу депозита. Ималац биткоина је „сам себи банкар“, он нема никакво потраживање према Биткоину или неком члану мреже. Чување биткоина код чувара е-новчаника је слично депозиту у банци. Међутим, банкарски послови су уређени, а депозити осигурани.

2.3. Систем за исплату

У преовлађујућим безготовинским трансакцијама банка је посредник између исплатиоца и примаоца. Посредници наплаћују провизију, повећавају трошкове и кашњење. Представљају ризик јер прикупљају личне податке, могу да блокирају рачун, замрзну средства или уведу разна ограничења слушајући трећег.

Мада познат као „валута“, Биткоин је првенствено систем за плаћање, као нпр. Visa или MasterCard. Идејни творац је Биткоин представио као електронски систем за плаћање заснован на криптографији, који омогућава трансакцију између два лица без потребе за трећом поузданом страном. Рачунарска мрежа, независна од банкарског система отворена је за сваког, довољан је интернет. Први пут у историји платни промет је ослобођен посредника, брз, економичан и сигуран, без временских и просторних ограничења. Валидна биткоин трансакција се не може спречити (Без цензуре - 3. Биткоин принцип). Из угла корисника процес је сличан слању електронске поште, без обзира на вредност трансакције и порекло средстава. Зато у смислу аутономије и слободе биткоин описују

као „неопипљиву готовину“. Ове особине се нарочито примамљиве у земљама трећег света, где нема поверења у државу.

2.4. Електронски новац

У погледу функционалности, биткоин је сличан електронском новцу. Доношењем Закона о платним услугама² створен је правни оквир за коришћење е-новца у РС. Електронски новац омогућава купопродају и пренос између лица преко интернета, брзо, са било које локације. Дакле, електронски новац представља замену за готов новац, с том разликом што се чува у електронској форми – на чипу, серверу или платној картици. Поред институција електронског новца, њега издају и банке, јавни поштански оператор, Народна банка, Управа за трезор или други органи јавне власти, у складу са својим надлежностима. Институција електронског новца је правно лице са седиштем у РС са одговарајућом дозволом (чл. 2, тч. 35). Дакле, за разлику од Биткоина, постоји правно лице као издавалац.

Електронски новац означава електронски похрањену новчану вредност која чини новчано потраживање према издаваоцу тог новца, а издата је након пријема новчаних средстава ради извршавања платних трансакција. Њега прихвата физичко и/или правно лице које није његов издавалац. Ималац електронског новца има новчано потраживање према издаваоцу (чл. 2, тч. 13 и 14). Напротив, ималац биткоина није поверилац самим тим што је ималац.

Издавалац електронског новца одмах после пријема новчаних средстава издаје електронски новац у висини примљеног. Електронски новац прихвата правни субјекат који са издаваоцем закључи уговор. Међусобни односи укључених лица уређују се уговором, и то нарочито у вези са издавањем и откупом, као и свим накнадама. Институције електронског новца немају дозволу за прикупљање депозита, тако да се на уплаћене износе не обрачунава камата. Дакле, издавалац електронског новца конвертује класичан новац у електронски, слично као када се биткоин купује. Између корисника биткоина нема уговора, они се међусобно не познају, али сви прихватају Биткоин протокол. Издавалац е-новца је посредник између платиоца и примаоца, а код Биткоина посредник не постоји.

Корисници електронског новца уживају заштиту коју обезбеђује Закон о платним услугама. Сва правила о коришћењу готовог новца или картица, важе и за електронски новац, издавалац је дужан да заштити новчана

2 Закон о платним услугама, *Сл. гласник РС*, 139/2014 и 44/2018.

средства примљена од корисника. Он је дужан да у сваком тренутку на депозитном рачуну располаже новчаним средствима чији износ одговара издатом електронском новцу. Ова средства не могу бити предмет извршења или принудне наплате, нити улазе у њену стечајну или ликвидациону масу.

Када се говори о сигурности Биткоина, превасходно се мисли на техничку сигурност, а не на правне заштитне механизме попут горе поменутих. Биткоин као систем је сигуран, али пратећи послови (нпр. услуге мењача и чувара новчаника) нису, о чему сведоче бројни случајеви електронских крађа великих размера како по вредности тако и по броју жртава. Будући да нису правно заштићени, сигурност појединачних корисника у великој мери зависи од личне компјутерске писмености.

3. Поље примене

Биткоин не постоји у физичком смислу, то је информација забележена online у децентрализованом јавној књизи. За потребе овог рада разликујемо адресу и кључ. Адреса је променљива, јавна и означава могуће одредиште за биткоин. Приватни кључ омогућава располагање биткоином, и зато је тајна. Адресе и приватни кључеви су у облику алфанумерчког низа (нпр. 1BvBMSEYstWetqTFn5Au4m4GFg7xJaNVN2). Приватни кључ се чува у online е-новчанику, неком уређају, на папиру или се памти. Ималац биткоина је лице које зна кључ. Лопови краду приватне кључеве, електронски или физички.

Како изгледа плаћање купца продавцу? Обојици је потребан е-новчаник тј. софтвер за пријем, слање и чување биткоина. Продавац шаље купцу адресу свог е-новчаника. Купац даје налог Биткоин мрежи да из његовог новчаника пренесе на адресу продавца износ у BTC, и потписује га приватним кључем, као да користи дигитални потпис. Када рудари верификују пренос, односно провере да купац има довољно биткоина, и да су све адресе и кључеви тачни, BTC из купчевог сада је у продавчевом е-новчанику.

Плаћање биткоином је слање информације преко интернета, па се пренос пореди са е-поштом: e-mail је као биткоин адреса, а лозинка је попут приватног кључа. Међутим, e-mail-ом се информација умножава: када један пошиљалац пошаље фотографију на више е-адреса, сваки прималац добија копију. Биткоин протокол онемогућава овакво умножавање биткоина јер би онда био неупотребљив. Трансакција је јавна и неизбрисиво уписана у Blockchain, али се не види чији су новчаници. Биткоин омогућава транспарентан, а анониман пренос.

Коришћење Биткоина је слободно, успостављен је тако да нико не може спречити другог да постане корисник (сагласност трећег није потребна, 4. Биткоин принцип). Добровољно укључени субјекти имају једну или више следећих улога: 1. Корисници су правна и физичка лица која употребљавају биткоин за различите потребе, од личних до инвестиционих. До биткоина долазе преко мењача, рударењем или га примају као противчинидбу или поклон. 2. Трговци су професионални корисници који нуде робу и услуге за биткоин. 3. Мењачи конвертују биткоин у званична средства плаћања (готовина, жирални, електронски новац) и обрнуто. Делатност обављају на интернет платформама и специјализованим аутоматима. 4. Рудари су лица чији рачунари одржавају цео систем у функцији. За њихово улагање хардвера и електричне енергије у решавање криптографских алгоритама, добијају награду у виду новостворених биткоина (управо збир награда представља контролисану емисију биткоина у оптицај). 5. „Пружалац услуге чувања е-новчаника” је лице који чува приватне криптографске кључеве у име својих клијената, а ради пријема, чувања и слања виртуалних валута.³

Без обзира на правни статус, биткоин манифестује основне карактеристике новца. Његову финансијску вредност одређује тржиште на основу понуде и потражње, мада он нема природну или употребну вредност мимо своје намене. Биткоин је конвертибилан, мада постоје и криптовалуте које нису.

Биткоин није нарочито конкурентан на постојећем тржишту електронске трговине. Већина потрошача не захтева анонимност и децентрализацију, нити жели цене изражене у ВТС, мада је инфлација класичног новца очигледна. Биткоин нема уграђене механизме за заштиту корисника, док интернет компаније улажу милионе у заштиту клијената од online превара. Најважнија погодност Биткоина јесу ниски трансакциони трошкови. Међутим, трошкови online платних картица се такође смањују јер лидери на тржишту (Visa, Mastercard) превентивно реагују на притисак крипто конкуренције (Grinberg, 2012: 168).

Поље примене погодно за Биткоин подразумева ситне исплате, микроплаћања за дигиталне производе или микро поклоне у добротворне сврхе. Пошто су трансакциони трошкови преко класичних система високи, online исплате ниже од 50 центи су углавном неекономичне. Нема комерцијалног интересовања да се оваква услуга пружи, а изражавање износа у класичној валути код ових исплата није важно (Grinberg, 2012: 170).

3 Чл. 2, д, 19. Директива (ЕУ) 2018/843

Одређени кругови купују биткоин због политичких уверења и инвестиционих предвиђања, верујући да институције централног банкарства немају легитимитет након напуштања златног стандарда 1971, када су модерне светске валуте изгубиле материјалну подлогу, а централне банке (понегде приватне), добиле теоријску могућност издавања новца у неограниченим количинама. Зато појединци чувају своје богатство у инструментима везаним за робу или злато, а у последње време и у криптовалутама. Међутим, биткоин као чувар вредности због курсног колебања можда је одржив само на дужи рок.

4. Дефиниција криптовалута у правним актима

Европска централна банка је 2012. дала прву дефиницију са „правничким“ елементима: „Виртуелна валута представља нерегулисани дигитални новац, који издаје и контролише његов творац, а који се користи међу члановима посебне виртуелне заједнице“ (ЕЦБ, 2012:13). Уочљива је претпоставка Европске централне банке да су виртуелне валуте намењене уским групама. Осим тога, присталице биткоина противе се изразу „виртуелна валута“, јер реч „виртуелно“ означава нешто привидно и нестварно.

Пета верзија Директиве о забрани прања новца из 2018. преузела је дефиницију виртуелних валута присутну у више аката, потеклу из Извештаја о виртуелним валутама Европске бакарске агенције из 2014 (ЕВА, 2014). „Виртуална валута је дигитални приказ вредности који није издала и за који не јемчи централна банка или друго јавно тело, који није нужно повезан са законски признатом валутом те нема правни статус валуте или новца, али га физичка и правна лица прихватају као средство размене. Виртуелна валута се преноси и чува електронски, а тако се њоме и тргује.⁴ Недостаци ове негативне дефиниције су уочљиви.

Циљ ове Директиве је да обухвати све потенцијалне облике виртуелних валута, али ипак је прописано више изузетака. Локалне валуте, познате и као допунске валуте, које се користе у врло ограниченим мрежама, попут градске или регионалне мреже, и међу малим бројем корисника, не сматрају се виртуалним валутама (тч. 11 преамбуле). Виртуелним валутама не сматрају се ни валуте електронских игара (in-game currencies), које се користите искључиво унутар окружења поједине игре. Иако се виртуалне валуте најчешће користе као средство плаћања, имају и ширу примену као средство размене, улагања, као инструменти за чување вредности или у online казинима (тч. 10 преамбуле).

4 Чл. 2, д, 18. Директива (ЕУ) 2018/843

Виртуалне валуте треба разликовати од електронског новца у Директиви 2009/110/ЕЗ о електронском новцу. Виртуелне валуте не улазе у шири концепт „новчаних средстава” из Директиве (ЕУ) 2015/2366 о платним услугама (новчанице, кованице, књижни новац) (чл. 4, тч. 25). Нити спадају у платне инструменте који омогућују имаоцу стицање робе или услуга (чл. 3, к). Виртуелна валута је у Директиви о забрани прања новца раздвојена и од: 1) платне трансакције коју провајдер електронских комуникацијских мрежа или услуга пружа претплатнику за куповину дигиталног садржаја и гласовних услуга; односно 2) платне трансакције посредством електронског уређаја у оквиру добротворних активности или за куповину карата (чл. 3, л, Директива 2009/110/ЕЗ).

5. Упоредно правни третман: од забране до толеранције

Неки правни системи прихватили су Биткоин као врсту плаћања, односно дозволили су употребу и трговину (европске државе и Г7 група), док су друге државе својим прописима значајно ограничиле или изричито забраниле биткоин трансакције (нпр. Кина, Саудијска Арабија, Египат).

Европске државе су сагледале биткоин најпре из фискалног угла. Иако је биткоин у начелу у Европи легалан, решења су дивергентна. Неке државе су потпуно толерантне, док друге компликованим бирократским захтевима фактички ометају кориснике. Такав пример је Шведска, где је покушај да се стари закони примене на биткоин дао незадовољавајуће резултате. Са циљем да опоруже кориснике, власт је оценила да биткоин није валута, нити девиза. Улагање у биткоин је инвестиција, слично као улагање у право интелектуалне својине или робу, што значи да подлеже порезу на капиталну добит. Швеђани су дужни да бележе цену по којој су купили, односно продали биткоин, што је значајно оптеретило физичка лица (Litwack, 2015: 324-325).

На супротној страни спектра, холандске власти су најлибералније према Биткоину, што је подстакло бројне домаће и стране привредне субјекте да развијају дигиталну економију. Толерантни приступ није без опасности, јер сада холандски градови постају центри тзв. тамног интернета. Биткоин није законско средство плаћања, ни електронски новац. У једном случају купац је покушао да за новац прибави 2750 BTC, али му је продавац пренео само 990. Суд је пресудио да тужени сразмерно врати цену, заједно са каматом. Досуђена је и накнада штете купцу, зато што је курс BTC у међувремену промењен. Суд је закључио да је биткоин, попут злата, прихватљиво средство размене, мада није законом регулисан као готовина или е-новац (Litwack, 2015: 329-330).

У упоредном праву присутан је тренд да се Биткоин сагледа комплексно. У Уједињеном Краљевству Биткоин је сервис за плаћање, амалгам валуте и инвестиције, а све из фискалних разлога. У Финској су такође присутна различита становишта. Прописи о опорезивању капиталне добити се примењују када се биткоин мења за другу валуту. Када се роба или услуга плаћа биткоином, онда је реч о трговини. Инвестициони ВТС се посматра као роба.

Немачка је прва европска држава која је 2013. признала Биткоин као механизам плаћања, када је Савезно министарство финансија уважило ВТС као јединицу обрачуна, што је наредне године потврдио федерални орган за финансијски надзор (BaFin). Обрачунске јединице функционишу као приватна средстава намирена у пословима размене, као било које друго добро, на основу приватноправних споразума у мултилатералној компензацији (пребијање). Другим речима, биткоин је „приватни новац“ за трговање у Немачкој. BaFin је нагласио да биткоин није електронски новац, дефинисан у прописима о платним услугама, јер не постоји издавалац. Е-новац је „дигитални еквивалент готовине“, што биткоин није. Биткоин нити је валута, нити девиза. Профит од трговања биткоином подлеже порезу од 25% на капитални добитак (разлика између набавне и продајне цене) уколико се држи мање од годину дана (Litwack, 2015: 323-324).

Дакле, немачки приступ је флексибилан: када корисник употребљава биткоин да прибави производ или услугу, онда нема потребе да бележи курсне разлике, односно набавну и продајну вредност. Ту је биткоин фактички изједначен са новцем. Али, ако је корисник мотивисан да тргујући биткоином стекне профит, онда подлеже порезу на капитални добитак. Проблем је у томе што третман биткоина заправо зависи од мотива корисника, а не од објективног мерила.

5.1. Народна банка Србије

Према одредбама Закона о Народној банци Србије,⁵ динар је новчана јединица Републике Србије и све новчане обавезе из послова закључених у РС изражавају се у динарима и извршавају средствима плаћања која гласе на динар. Народна банка Србије на свом сајту упозорава да не гарантује за коришћење виртуелних валута, улагање у њих, као ни за њихову вредност, тако да свако ко се упушта у активности у вези с виртуелним валутама чини то на сопствену одговорност и самостално сноси финансијске и друге ризике.

⁵ Закон о Народној банци Србије, *Сл. гласник РС*, 72/2003, ... 40/2015 - одлука УС и 44/2018.

Законом о девизном пословању прописано је да се плаћање, наплаћивање и пренос између резидената и између резидената и нерезидената у РС врши у динарима, а изузетно и у девизама.⁶ Куповина биткоина девизним средствима није у складу с прописима о девизном пословању. Поред тога, мењачки послови су дефинисани као послови куповине од физичких лица и продаје тим лицима ефективног страног новца и чекова који гласе на страну валуту. Такође, Одлуком о врстама девиза и ефективног страног новца утврђено је да банке и овлашћени мењачи могу куповати и продавати ефективни страни новац само у валутама наведеним у тој одлуци. Народна банка Србије нема законска овлашћења да издаје дозволе за трговање виртуелним валутама, нити за постављање уређаја за њихову куповину и продају.

Како НБС не издаје дозволе за трговање виртуелним валутама, субјекти који тргују биткоином и интернет платформе за трговину виртуелним валутама нису под надзором Народне банке Србије у смислу прописа о пословању финансијских институција у РС. Пословање ових платформи није регулисано ни у упоредном праву, тако да корисници не уживају правну заштиту у случају да платформа изгуби новац или пропадне, чак и када је реч о привредном субјекту регистрованом у одређеној држави.

Са аспекта прописа за чију примену је надлежна НБС, трговина криптовалутама се посматра као и трговина било којом другом робом, али свакако не девизним послом, за који је прописан посебан правни режим.

6. Биткоин и појмови грађанског права

Ортачко друштво је тип предузећа које оснивају два или више лица ради обављања одређене делатности под заједничким пословним именом и чији је заједнички циљ стицање профита. Биткоин није правно лице или организација, нити је профит основни мотив свих корисника. Пошто рудари улажу сопствена средства за одржавање Биткоина у виду делатности, добијајући заузврат награду, они се могу посматрати као ортаци у лаичком смислу.

По ранијем Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, хартије од вредности су преносиви електронски документи којима се тргује на финансијском тржишту, из којих за законите имаоце

⁶ Закон о девизном пословању, *Сл. гласник РС*, 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018

произлазе права и обавезе у складу са законом и одлуком издаваоца.⁷ Биткоин је електронски запис у Blockchain-у и њиме се тргује на берзи, али ту се сличност завршава. По ЗОО, хартија од вредности је писмена исправа којом се њен издавалац обавезује да испуни обавезу уписану на тој исправи њеном законитом имаоцу (ЗОО чл. 234). Биткоин припада сваком лицу које има (зна) приватни кључ, па је по томе сличан хартији која гласи на доносиоца. Право констатовано на хартији не може се остварити на други начин, него једино употребом хартије (начело инкорпорације). Пропаст хартије значи губитак права, као што губитак приватног кључа значи да је биткоин неповратно изгубљен. Хартије од вредности су извор облигационих односа и подразумевају право према неком другом правном субјекту. Напротив, ималац биткоина није поверилац, нити постоји дужник-издавалац. Са овим не треба мешати ситуацију када лице потражује биткоин од свог дужника, нпр. сауговорача.

Дугови у криптовалуту биткоин гласе на обрачунску јединицу под истим називом, скраћено ВТС. Биткоин не гласи на страну валуту, тако да се не уклапа у појмове: девиза или инструмент плаћања из Закона о девизном пословању.⁸ Овај закон разврстава хартије од вредности на основу емитера. Пошто не постоји конкретна лице које емитује биткоин, не може се сагледати ни као страна хартија од вредности.

Биткоином се тргује на берзама, па се поставља питање колико су применљиви појмови из Закона о тржишту капитала.⁹ За разлику од акција, биткоин не представља учешће у капиталу, али са управљачким правима акционара постоји аналогија. Теоријски, лице које контролише 51% рачунарске снаге Биткоин мреже, у могућности је да промени Протокол, односно постојећа правила. Сама чињеница да је неко ималац биткоина, не чини га повериоцем, што биткоин удаљава од обвезнице и сличних дужничких хартија из овог закона.

Наведене појмове из цивилистике раздвојили смо од биткоина на основу формалних разлога, а када се сагледају фактичке разлике између њих, јаз се продубљује. Међутим, ако се анализира функција одређене појаве, онда су приближавања могућа, што илуструје сличност биткоина и робе.

Због својих карактеристика, пре свега прометљивости, биткоин је погодан за берзанско трговање. Биткоин је фунгибилан (5. Биткоин принцип): сви

7 Чл. 2. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Сл. гласник РС, 47/2006

8 Чл. 2. тч. 5. и 6. Закона о девизном пословању, Сл. гласник РС, 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018

9 Закон о тржишту капитала, Сл. гласник РС, 31/2011, 112/2015 и 108/2016

е-новчићи међусобно једнаки, линеарно са „количином“ расте и вредност (супротан пример је дијамант). Биткоин не даје никакав грађански плод, добитак од капитала као нпр. дивиденду или камату, већ се до зараде или губитка долази препродајом, слично као са робом. Закон о тржишту капитала дефинише: роба је било која роба заменљиве природе коју је могуће испоручити, укључујући метале и њихове руде и легуре, пољопривредне производе и енергију.¹⁰ Пошто законска дефиниција робе обухвата и енергију, неопипљиво добро у власти човека, чини се да је довољно широка и за биткоин.

Основно својство робе, као материјалног или нематеријалног добра, је да задовољава одређене људске потребе. Заменљиве ствари постају роба када се нађу на тржишту. Као и роба, биткоин је користан производ људског рада, произведен да буде размењен, тј. са циљем да се за њега добије одговарајућа противвредност. Биткоин је замишљен као универзално, глобално средство размене. Роба није намењена за личну употребу произвођача већ за тржиште где се разменом укључује у друштвену употребу. Као и роба, биткоин има вредност у друштву, закон понуде и потражње формира његову цену. Са друге стране, вредност робе је много стабилнија, а промет биткоина у односу на робни промет је прилично неухватљив, што онемогућава примену пореских и других прописа.

Каже се да власник ствари има најјаче грађанско субјективно право - својину. Ималац биткоина је слободнији у експлоатацији од власника ствари дужног да трпи јавни интерес, ограничења за странце и суседска права. Он је аутономан да закључује уговоре везане за биткоин, као да је у питању нерегистрована покретна ствар (иако се иза приватног кључа можда крије огромно богатство). Биткоини се купују, продају, размењују за производе и услуге, поклањају, залажу, инвестирају. Са друге стране, док вршење права својине не зависи од трећих лица, ималац ВТС без Биткоин мреже коју одржавају рудари, односно других ВТС корисника који га вреднују, фактички остаје без свог добра. Због ове везаности за трећа лица, постоји сличност са облигационим субјективним правом где реализација зависи од дужника или са стварним правом *iura in re aliena*.

Можда на први поглед делује чудно што се биткоин третира као стварно право. Будући да биткоини настају у рачунару криптографијом, делује као да су то несхватљиве цифре које захтевају врло комплексна правила, диктирана од технолошких стручњака. Међутим, ако се загребе испод површине, види се да саставни елементи криптовалуте подлежу традиционалној правној анализи. У том смислу биткоин функционално

10 Чл. 2, тч. 7а, Закон о тржишту капитала, *Сл. гласник РС*, 31/2011, 112/2015 и 108/2016

није толико различит од заменљиве покретне ствари. Зато суд треба тако и да га третира. Иновативна технологија не мора да значи иновативну јуриспруденцију (Raskin, 2015: 1011).

Куповина, односно продаја биткоина за новац има карактеристике уговора о продаји из Закона о облигационим односима.¹¹ Правни поредак не третира биткоин као валуту, тако да нема посебних ограничења важећих за девизе, па се примењују прописи грађанског, а не јавног права. Предмет продаје мора бити ствар у промету, а биткоин није забрањен. Уговором о продаји најчешће се преноси својина, али и друга имовинска права, што обухвата и нетелесни биткоин. Међутим, када једно лице прибавља производ или услугу плаћајући у BTC, онда се не ради о уговору о продаји зато што је његов битан елемент цена, изражена у новцу. Пошто BTC није новац, ради се о уговору о размени. Предмет размене су имовинска права које се размењују без посредства новца. Са друге стране, код размене међу уговарачима постоји комплементарност потреба (дајем шта ти је потребно, јер ти имаш шта мени треба), што код биткоин-послова није нужно. У сваком случају, примењује се ЗОО.

Биткоин трговац је малопродајни или online продавац који прима биткоин, најчешће путем специјализованог посредника који обједињује услуге е-новчаника и мењача. Конверзија биткоина се врши по курсу у тренутку испоруке. Потрошач је у облигационом односу са трговцем након закључења одговарајућих уговора. Једина специфичност ових правних послова је аспект плаћања, што не утиче на примену традиционалног уговорног права. Пошто се правила о заштити потрошача примењују на односе између потрошача и трговца, и не постоји правни субјект коме припада Биткоин, потрошач ужива сва права предвиђена Директивом о правима потрошача (CRD) (Shcherbak, 2014:77), односно домаћим Законом о заштити потрошача.

Важно право потрошача је тзв. право на покајање, потрошач има право да одустане од уговора закљученог на даљину, односно изван пословних просторија у року од 14 дана, без навођења разлога и додатних трошкова. У том случају трговац је дужан да без одлагања врати примљене уплате, укључујући и трошкове испоруке. Трговац врши повраћај користећи иста средства плаћања која је потрошач користио у првобитној трансакцији, осим ако се потрошач није изричито сагласио са коришћењем другог средства плаћања и под условом да потрошач због таквог повраћаја не сноси никакве трошкове (чл. 34). Остваривање овог права биткоин кориснику је отежано. Трговац дугује „исто средство плаћања“,¹² али

11 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78 ... *Сл. лист СЦГ*, 1/2003

12 Новчана средства означавају готов новац, средства на рачуну и електронски новац.

биткоин није званично средство плаћања, јер формално није новац. Чак и уколико се пропис протумачи тако да трговац треба да врати BTC износ, јавља се технички проблем. Биткоин трансакција је једносмерна и нереверзибилна (6. Биткоин принцип), поврат би се остварио само новом засебном трансакцијом, а не отказом почетне. У овом случају, трговац и потрошач суочени су са значајним економским ризицима због курсног колебања. Поред тога, у случају да се поврат остварује помоћу званичних средстава плаћања, спорно је према ком курсу: у моменту поврата или у моменту иницијалне трансакције (Shcherbak, 2014:80). Пример илуструје како се и сасвим једноставни односи компликују када се у њих укључи биткоин.

Однос између мењача и чувара е-новчаника са једне, и корисника биткоина са друге стране, може се довести увезу са Законом о електронској трговини.¹³ Мењач и чувар се уклапају у појам „пружалац услуга информационог друштва“. То је правно лице или предузетник, као и физичко лице које има својство трговца у складу са законом који уређује трговину, које пружа услуге информационог друштва (чл. 3 тч. 4). Поред тога, услуге мењача или чувара личе на „услугу информационог друштва“. Она се пружа на даљину, по правилу уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, на лични захтев корисника услуга. Закон посебно наводи трговину, нуђење података и рекламирање путем Интернета, електронске претраживаче, као и омогућавање тражења података и услуга које се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга (чл. 3 тч. 3).

7. Недостаци и ризици употребе Биткоина у правном послу

У анализама нарученим од стране банака и њихових удружења наводе се бројни ризици за сва лица које користе Биткоин. Треба имати у виду да Биткоин као концепт највише угрожава управо традиционалне изворе банкарских прихода. Извештај ЕВА наводи преко 70 ризика, мада исти такви постоје и код новчаних трансакција (нпр. крађа новчаника). Ипак, неки специфични ризици су неспорни.

Апсолутни износ цене биткоина у новцу (курсна вредност) није од значаја за његову примену јер је дељив до сто милионитога дела, али нагле промене сметају. Илустрације ради, 2010. 1 BTC је вредео 0,003 USD, 2013. од 50 до 1000 USD, крајем 2017. 19000, септембра 2018. 6200 USD! На курс утичу спекулативни инвеститори, а не реалан раст биткоин трансакција између корисника и трговца. За разлику од националних валута, где централна

¹³ Закон о електронској трговини, *Сл. гласник РС*, 41/2009 и 95/2013

банка пази на стабилност, криптовалуте су потпуно препуштене закону понуде и потражње. Биткоин није замишљен као инвестициони капитал, али због урођене дефлаторности и неварљивости многи га чувају уместо да троше. Колебање курса омета употребу биткоина (ЕВА, 2014: 27). Корисник ризикује немогућност да замени биткоин за жељену валуту, неповољан курс. Услед берзанских манипулација, колебање курса узрокује нагле промене цена (ЕВА, 2014: 29), па је куповна моћ биткоина нестабилна. Ликвидност мењача је ниска, тако да корисник мора да чека на конверзију са алеаторним курсом, што онемогућава планирање финансија.

Биткоин не захтева никакве формалне услове попут учлањења или идентификације корисника путем личних података, интернет приступ је довољан (7. Биткоин принцип: псеудоанонимност). Заштита приватности и самосталност у области личних финансија су легитимне тежње и основни разлози популарности криптовалута. Са друге стране, анонимност и слобода носе бројне опасности, уосталом први контакт судова са биткоином био је поводом промета наркотика (случај *Slik Road* (Raskin, 2015:980)). Биткоин одолева инструментима ресторативне правде, заплени и конфискацији. Са друге стране, погодан је за изнуду, заобилажење ембарга и санкција, пореску евазију (ЕВА, 2014: 33, 35).

Државе криптовалуте сагледавају кроз контекст светских безбедносних околности, финансирања криминалних активности, прања новца. Зато су најпреинтервенисале у прописе из ових области. Директива о забрани прања новца наглашава да анонимност виртуелних валута омогућава њихову потенцијалну злоупотребу. Зато мењачи виртуалних валута и чувари е-новчаника подлежу њеним одредбама и морају бити регистровани. Ради сузбијања ризика повезаних с анонимношћу, националне финансијско-обавештајне јединице треба оспособити да баратају информацијама на основу којих ће повезати адресу виртуалне валуте с идентитетом њеног имаоца. (преамбула тч. 9). Иако пропис тежи да адекватним праћењем виртуелних валута обезбеди уравниотежен и пропорционалан приступ којим се штити технички напредак и транспарентност достигнута у домену алтернативних финансија и социјалног предузетништва, укључивање мењача и чувара е-новчаника не решава проблем јер ће велики део промета виртуалних валута остати анониман због тога што корисници обављају трансакције и без ових субјеката. Зато је питање колико званично прокламовани циљеви заиста погађају праву мету.

У домаћем Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма,¹⁴ лица која мењају криптовалуту за законско средство плаћања и обрнуто

14 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Сл. гласник РС*, 113/2017.

изричито су препозната као обвезници тог закона и дужна су да ускладе своје пословање са његовим одредбама, односно да идентификују клијента узимањем копије личног документа (нпр. када користи уређај за куповину/ продају виртуелне валуте), извештавају НБС и одреде овлашћена лица за извршавање ових радњи.

Биткоин је нерегулисан, а примена позитивних решења није идеална. Субјекти ризикују штету уколико држава забрани промет ВТС, па везани уговори постану неважећи или неутуживи. Дакле, постоји правна несигурност у погледу пуноважности уговорних односа (Shcherbak, 2014: 85). Правила функционисања платформи за трговање биткоином нису довољно јасна и уређена, ни под надзором регулаторних тела. С тим у вези, не постоје никакви механизми законске заштите корисника наведених услуга.

У случају неиспуњења уговорне обавезе, повериоца штите правила о уговорној одговорности. Међутим, биткоин уговарач нема адекватну правну заштиту када сауговарач не испуни своју обавезу, зато што је уобичајена судска процедура неефикасна због анонимности, а прописани начини принудног извршења нису изводљиви (Bayern, 2014: 27, 28).

Биткоин није законско средство плаћања, што значи да поверилац није дужан да га прими, за разлику од новца. Нема гаранције да ће трговац прихватити ВТС, нити да ће примљени ВТС моћи да употреби за покривање својих расхода. То значи да је приморан да плаћа мењачке провизије. Често мењачи и чувари е-новчаника нису регистровани па немају седиште. У случају када је потрошач оштећен услед њиховог пропуста, трговац је једина адреса за захтев и рекламацију, без обзира што није одговоран (ЕВА, 2014: 31).

Због неповратности трансакције корисници остају без средстава када сопственом грешком преплате или пошаљу биткоин на погрешну адресу. Након преноса, једино од примаоачеве воље зависи да ли ће вратити примљено. Са друге стране, неповратност трансакције одговара продавцу, зато што га штити од лажних купчевих рекламација, односно злоупотребе права гарантованих у циљу заштите потрошача, када купац преко издаваоца платне картице неоправдано стопаира исплату.

8. Закључак

Право имаоца биткоина се односи на информацију, слично као што се право проналазача односи на интелектуално добро. Повезују их нематеријална природа, непропадљивост, широке временско-просторне границе у погледу

употребе, као и везаност за јавну књигу. По аутономији титулара и дејству *erga omnes*, имовинско право на криптовалуту слично је својини. Употреба и вредност крипто-права пак зависи од многобројних трећих лица, као што је у облигационом односу намирење потраживања немогуће без дужника.

По дефиницији, новчане обавезе гласе на новац, а пошто општи акти ускраћују биткоину ово својство, обавезе у ВТС нису новчане у правно-формалном смислу. Биткоин неће ускоро заменити законска средства плаћања, али фактички је присутан свуда, јер га је немогуће забранити. Систем функционише зато што неспорним аргументима (криптографија и Blockchain) уверава кориснике да је сваки криптоновић легитиман.

Сличан правни вакуум је постојао седамдесетих година са појавом платних картица, али је јаз између информационе технологије и правних норми сада много већи. Криптовалуте нису државни новац, али фактички врше, додуше са промењивим успехом, функције приватног новца: средство размене, чувар вредности, обрачунска јединица. „Законско средство плаћања“ је правна категорија, међутим новац је ипак и друштвено-економска.

Грађанско правна анализа биткоина потврдила је универзалност Облигационог права, и актуелизовала теме као што су номинализам/валоризам, одређеност и сразмерност цене, начело еквиваленције уговорних давања. Присуство биткоина у правном послу не утиче на примену општег и посебног дела Уговорног права, нити искључује заштиту потрошача. У позитивном правном оквиру, цивилисти криптовалуте треба да третирају као добровољно средство за размену између уговарача.

За одређивање правне природе биткоина, догматска и нормативна анализа није делотворна због тога што, сасвим очекивано, позитивно право има велике правне празнине поводом идеја и пројеката толико оригиналних да „неопипљива готовина“ и „транспарентна анонимност“ нису оксиморони. Зато када се одлучује о правним правилима важећим за биткоин, преостаје само функционална анализа. У том смислу биткоин је економско, имовинско право, нетелесна покретна ствар, са својствима робе, потенцијални предмет уговорне обавезе. Следи да свакако треба заштити имаоца биткоина (нпр. од несавесног дужника или крађе), без обзира на проблематичну категоризацију и правне празнине.

Уочљив је и јаз између племените сврхе због које је Биткоин створен и потенцијалних злоупотреба. Биткоин је замишљен као отворен, слободан и глобалан систем за плаћање, са потенцијалом да елиминисањем посредника оствари идеале као што су занемарљива провизија и приватност. Уместо тога, вредност и популарност стекао је као спекулативна инвестиција,

инструмент за прање новца и криминалне активности, монета за ствари ван промета и скривање од правде. Ово нису разлози да се поведе унапред изгубљена битка против криптовалута, већ повод да се правници активније укључе у технолошку револуцију. Негативне дефиниције из општих аката и неминовност да се криптовалуте описују аналогијом са старим институтима говоре да каснимо.

Литература/References

Bayern, S. (2014). Dynamic common law and technological change: the classification of Bitcoin. *Wash. & Lee L. Rev. Online*, 71, 22.

Бацковић, Д. (2017). Све што би требало да знате о Биткоину. Retrived: 1.9.2018, from: <https://startit.rs/sve-sto-bi-trebalo-da-znate-o-bitkoinu/>

Директива (ЕУ) 2018/843 Е. парламента и већа од 30. маја 2018. о измени Директиве (ЕУ) 2015/849 о спречавању коришћења финансијског система у сврху прања новца или финансирања тероризма и о измени директива 2009/138/ЕЗ и 2013/36/ЕУ.

European Banking Authority. *EBA Opinion on virtual currencies*. (2014).

European Central Bank. *Virtual currency schemes*. (2012).

Grinberg, R. (2012). Bitcoin: An innovative alternative digital currency. *Hastings Sci. & Tech. Lj*, 4, 159.

Litwack, S. (2015). Bitcoin: Currency or Fool's Gold: A Comparative Analysis of the Legal Classification of Bitcoin. *Temp. Int'l & Comp. Lj*, 29, 309.

Raskin, M. I. (2015). Realm of the Coin: Bitcoin and Civil Procedure. *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 20, 969.

Shcherbak, S. (2014). How should Bitcoin be regulated. *Eur. J. Legal Stud.*, 7, 41.

Закон о девизном пословању. *Сл. гласник РС*. Бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

Закон о електронској трговини. *Сл. гласник РС*. Бр. 41/2009 и 95/2013.

Закон о Народној банци Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 72/2003, ... 40/2015 - одлука УС и 44/2018.

Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29/78 ... *Сл. лист СЦГ*, Бр. 1/2003.

Закон о платним услугама, *Сл. гласник РС*, Бр. 139/2014 и 44/2018.

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Сл. гласник РС*, 113/2017.

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. *Сл. гласник РС*. Бр. 47/2006.

Закон о тржишту капитала. *Сл. гласник РС*. Бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016.

Mihajlo Cvetković, LL.D.

Assistant professor

Faculty of Law, University of Nis

FINANCIAL OBLIGATIONS AND CRYPTOCURRENCIES

Summary

Compared to gold, cash and commercial bank money, bitcoin is presented as a medium of exchange, functionally similar to electronic money. Bitcoin is known as decentralized, convertible, deflationary and unstable cryptocurrency, deprived of state control and protection. Equally important is the open and global Bitcoin computer network for online transactions, operating without the need for until recently unavoidable intermediaries and different from traditional payment systems. The field of application of virtual currencies is determined by their unusual characteristics, but also by diverse comparative legal regime. Initially as a material for criminal courts and tax authorities, virtual currencies and crypto-subjects are now defined at the EU directives level. Contractual relationships and financial obligations take new forms in crypto-environment, so the question arises: to which extent a positive law is able to absorb until recently improbable concepts. The privacy and freedom that cryptocurrencies bring has its own backwardness, and the legal order is over focused on that side of a coin. On the other hand, the risks in private law transactions involving bitcoins remain unresolved, although legal subjects need this kind of legal protection badly.

Keywords: *Money, bitcoin, legal tender, cryptocurrency, electronic money, contract.*

Др Милена Јовановић Zattila,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881139J

UDK: 005.334:336.71
347.734

Рад примљен: 21.09.2018.
Рад прихваћен: 02.11.2018.

УПРАВЉАЊЕ БАНКАРСКИМ РИЗИКОМ**

Апстракт: У тржишним условима привређивања, ризик је суштинска одлика банкарских активности и њему је подређена целокупна стратегија и организација банака. Савремени услови пословања утицали су на претварање банака у финансијске холдинг компаније које своје пословање реализују на свим сегментима глобалног финансијског тржишта, због чега се суочавају са различитим типовима ризика. Уколико оне неадекватно процењују и управљају својим ризицима, изложене су могућности отварања стечаја. Због тога, пословно управљање у банкама данас се све више концептира као управљање ризицима. С обзиром на то да послују претежно туђим средствима, преузимање ризика је доминантна карактеристика банака. Рад има за циљ да укаже на основне ризике у банкарском пословању и сложеност фактора који их детерминишу.

Кључне речи: банка, управљање ризиком, финансијско тржиште, изложеност банке, ликвидност.

1. Увод

Постоје различите дефиниције ризика, а њихов заједнички именитељ је неодређеност ризика и губитак као један од могућих исхода. Чињеница да банке послују на начелима рентабилности, ликвидности и сигурности указује на ризичан карактер њиховог пословања. Како ликвидност

* milena@prafak.ni.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

подразумева способност намирења обавеза према повериоцима, ризик ликвидности односи се на могућност настанка негативних ефеката на капитал банке услед њене неспособности да испуњава доспеле обавезе.¹ Последице изложености овим ризицима не могу се у потпуности предвидети од стране привредног субјекта у случају економске или финансијске кризе. Стога, ниво прихваћеног ризика мора бити сразмеран способности банке да апсорбује евентуалне губитке и да оствари прихватљиву стопу приноса. Уколико оне неадекватно процењују и управљају својим ризицима, изложене су могућности отварања стечаја.

У савременим условима глобалног пословања, банке и трговачка друштва се сусрећу са бројним ризицима који доводе у питање појединачне банкарске послове, као што су наплата потраживања, промене окружења и нормативне делатности од утицаја на неизвесност исхода трансакције, и догађаја који у целини повећавају неизвесност банкарских прихода. Суштина стратегије управљања ризицима не лежи више у питању да ли преузети ризик, већ колики ризик је савремена банка у могућности да преузме у циљу постизања задовољавајуће стопе рентабилности. Сходно томе, за банку је од пресудног значаја да истражи све ризике који долазе из окружења и њеног сопственог пословања, како би могла одредити степен ризика који може да поднесе и контролише, односно да га сведе у реално прихватљиве оквире. Дакле, суштина проблематике ризика у банкарском пословању није у избегавању ризика, већ у професионалном управљању свим банкарским ризицима, поштујући при томе основна економска начела која се примењују у банкарском пословању, а то су рентабилност и ликвидност. У вези са тим, задатак менаџера у банкарству јесте да активно управљају свим ризицима и да благовремено препознају прилике које ће банци донети приход који је адекватан ризику који се преузима (Иваниш, 2012:14).

У банкарској и у корпоративној пракси, предузимају се мере да се ризик у сваком послу смањи. Готово је немогуће у потпуности елиминисати ризик у послу. Ризици се не могу елиминисати, али се неки ризици могу ефикасније контролисати, а неки врло тешко или се уопште не могу контролисати, што је случај када су изазвани спољним факторима на које банка не може да утиче. Бројни су ризици којима је банка изложена и међусобно су повезани у сложеним узрочно-последичним односима.

1 Ризик ликвидности може бити условљен: 1) повлачењем постојећих извора финансирања, односно немогућношћу прибављања нових извора финансирања; 2) отежаним претварањем имовине у ликвидна средства због поремећаја на тржишту (тржишни ризик ликвидности).

2. Управљање банком

Управљање банком је подељено између акционара, менаџмента банке и регулаторног тела које штити интересе банке и њених поверилаца. Наглашава се важност природе власништва и утицај који она има на ризик, потенцијалне конфликте између менаџера и власника и анализирају односи између преузимања ризика банака, њихове власничке структуре и банкарских прописа. Сматра се да је ризик генерално већи у банкама са контролним акционарима чија је улога у одлучивању значајна. Овај ефекат може бити ублажен одговарајућом законском регулативом која укључује заштиту мањинских акционара (Beltratti, Stulz, 2009:3).

Турбуленције на финансијском тржишту утицале су на модификовање улоге банкарског менаџмента. Повећана је потреба за квалитетном организацијом корпоративног управљања у банкама, а приступ уређивању и надзору банака драстично се променио. Акционари, по правилу, треба да имају кључну улогу у надзору банкарског пословања. Од њих се очекује одабир стручног надзорног одбора чији су чланови искусни и квалификовани за пројектовање реалних циљева. Надзорни одбор мора бити способан да усвоји одговарајућу пословну стратегију банке, надзире њено пословање и финансијску позицију, одржава примерену капитализацију и спречи самоуслужну праксу на нивоу читаве банке.

У стварности акционари нису у могућности да обављају надзор над великим банкама с великом дисперзијом власничких удела. И док оснивачи банака морају удовољити одређеним стандардима, с развојем банке и дисперзијом власништва акционари могу постати толико дифузни да поједини од њих немају ефективног права гласа у управи банке и имају мало расположивих могућности, осим продаје својих акција, ако се не слажу са начином управљања банком. У таквим случајевима делотворност надзорних институција постаје кључна. Будући да се окружење у којем банке послују значајно променило, проблематика управљања банкарским ризицима постаје све актуелнија. Ново банкарско окружење и повећана тржишна нестабилност учинили су нужним развој технике управљања ризицима.

Два су базична циља управљања ризицима у банкарском пословању: прво, избегавање инсолвентности банке, и друго, максимизирање стопе приноса капитала (Mason, Rosner, 2009:8). При томе, важно је да ризици банке буду правилно процењени. Поред тога што у условима пословања банке у којој акционари који поседују акције са правом гласа преко скупштине воде рачуна и старају се о ризицима у пословању банке, посебну улогу у управљању ризицима има управни одбор банке.

Банка мора имати информисану управу која стратешки води одређеним правцем управљања ризиком. Битна компонента стратешког упутства је утврђивање толеранције ризика. Управа треба да потврди ову толеранцију ризика, одобравајући политику која поставља стандарде за природу и ниво ризика који је банка спремна да преузме. Ако борд усвоји оквир за толеранцију ризика, он мора да се побрине да се његова упутства и одлука поштују. Менаџмент банке је одговоран за имплементацију, интегритет и одржавање система управљања ризиком.

Управљање ризиком (*risk management*) се развило у врло користан менаџмент, као активност која укључује уочавање ризика, процену, развој стратегија за управљање њиме, као и управљачке ресурсе. Иако је управљање ризиком одувек било део људске активности и њихових организација, прошло је неколико деценија пре него што је интегрисани приступ прихваћен од менаџера и доносиоца одлука. Циљеви *risk managementa* јесу првенствено у смањењу разних ризика који се односе на претходну селекцију прихватљивих аспеката попут: бројних извора претњи проузрокованих окружењем, технологијом, људским фактором, организацијама и политиком. Овај појам се врло често користи и у области осигурања.

Ризици у пословању су карактеристика сваког банкарског посла, а неизвесност расте са променама депозита, каматних стопа и са неспособношћу дужника да врати кредит, као и под дејством фактора попут дерегулације, моралног хазарда и уласком банака у послове који не спадају у традиционално банкарске. Постоји више облика осигурања од ризика, обезбеђених инструментима која сама банка установљава (меница, хипотека, залога) или преко одређених инструмената попут гаранција, хедџинга, преко осигуравајућих кућа и других институција којима је обезбеђење ризика професионална делатност. У свему овоме је веома важно да банка има добро структуриране стратегије, политике, правну регулативу, органе и процедуре за управљање ризицима. Централна банка и законодавство установљавају оквире за управљање ризицима (у корпорацијама и банкама), а у оквиру тако постављеног система банка својим активностима конкретно уређује свој начин управљања ризицима.

3. Видови ризика

У пракси се привредни субјекти најчешће сусрећу са тржишним, кредитним и пословним ризиком чије деловање може бити самостално и синергијско (Drehmann, 2008:74) Са тржишним ризиком се углавном суочавају банке које се баве пословима инвестиционог банкарства код дужничких хартија од

вредности са фиксном или променљивом каматном стопом, трансакцијама са дериватима и акцијама. Он се превасходно односи на промене цене акција, каматних стопа и девизног курса. То је ризик који банка сноси услед неповољних кретања тржишних цена. Изложеност таквом ризику може настати уколико банка предузима намерне спекулативне радње или може проистећи из банкарске активности трговања девизама. Базелски комитет за банкарски надзор² је дефинисао тржишни ризик као ризик губитка на билансним и ванбилансним ставкама услед кретања тржишних цена. Сходно томе, он предвиђа обавезу банака да захтеве у погледу висине капитала, који проистичу из њихове изложености тржишном ризику, испуњавају на дневној бази.³ По својој природи, тржишни ризик захтева трајну пажњу управе као и примене анализе. Менаџмент треба да буде свестан начина на који је изложеност неке банке тржишном ризику повезана с њеним капиталом. Политике управљања тржишним ризиком треба прецизно да наведу циљеве одређене банке и односне смернице политике су успостављене да би се капитал заштитио од негативног утицаја неповољног кретања цена.

Традиционално банкарско пословање подразумева преузимање улоге посредника између привредних субјеката који имају привремени суфицит новца и алокацију тих средстава према субјектима којима су потребна новчана средства. Обављањем алокацијске функције банкарског пословања настаје кредитни ризик, који се може дефинисати као „потенцијални губитак услед немогућности, невољности или неправовремености друге уговорне стране за поштовање финансијске обавезе“ (Laucosk, 2014: 114). Сматра се да је кредитни ризик један од најважнијих чиниоца који утиче на зараде банака и вредност финансијских инструмената. Стога, свако закашњење или изостанак враћања уговорене главнице и камата редукује стварни добитак банке и на тај начин смањује њену стварну вредност. У оквиру пословања банака јављају се и други извори кредитног ризика попут акцепта, међубанкарских и девизних трансакција,

2 Базелски комитет за банкарски надзор (*Basel Committee on Banking Supervision*) је форум за расправу између националних органа за надзор и место за међусобну размену информација, укључујући размену искустава о успешности метода и техника надзора међународно активних банака. На њему је више пута договорана група минималних стандарда које национални регулатори треба да поставе у свом националном надзору да би се добио жељени степен надзора у међународном банкарству.

3 Претпоставка је да банка има три облика финансијских инструмената за које се израчунава висина тржишног ризика на дневној бази: акције, обвезнице и девизе. За ова три финансијска инструмента израчунава се и укупан ризик за цео пословни портфолио који подлеже тржишном ризику. Обзиром да сви ризици не наступају истовремено, врши се диверсификација портфолија као и код хартија од вредности.

финансијских терминских уговора, swarova, акција, обвезница, опција, одобравања гаранција и сл. Важност проучавања кредитног ризика потврђује и Базелски комитет за банкарски надзор, према чијем тумачењу лоше постављени стандарди за одобравање кредита, лоше управљање укупним кредитним портфељем банке и недовољно праћење економских кретања која утичу на финансијску стабилност клијената банке још увек представљају велики проблем у пословању банака (Jones, Hensher, 2008: 27). Упркос иновацијама у домену финансијских услуга, кредитни ризик представља најзначајнији појединачни узрок стечаја банака.⁴ Неспособност дужника за подмирење преузетих обавеза може додатно изложити банку ризику ликвидности који може резултирати стечајем. Како у случају отварања стечаја имовина дужника најчешће бива продата испод тржишне вредности, један део имовине привредног друштва мора бити финансиран сопственим капиталом који у том случају представља амортизер у односу на потенцијалне губитнике (Saunders, Allen, 2010:12). Да би банка могла ефикасно да се брани од кредитног ризика потребно је вршити редовно ревидирање кредита који нису у потпуности отплаћени.

Када је у питању пословни ризик, он се у најширем смислу речи дефинише као неизвесност или несигурност остварења очекиваног исхода пословно-финансијске активности. По правилу, свако непланирано и изненадно дешавање у појединим активностима банке може се дефинисати као ризик. Узевши у обзир чињеницу да банке послују специфичном робом, дефинисање ризика у банкарству изискује нешто ужи приступ. Да би ризик постојао у финансијском пословању мора бити могућ, да проузрокује штету, да је неизвештан и случајан (Vaughan, 1995:4).

4. Екстерна регулација

Регулација банака се превасходно планира и усклађује на међународном нивоу због повезаности финансијских институција. Сарадњом Међународног монетарног фонда, Светске банке и других међународних регионалних тела и организација у оквиру УН, Европске уније, ОЕЦД, створен је систем стандарда и кодекса који покрива значајан блок економских, финансијских и банкарских политика. Успостављање и одржавање финансијске стабилности у нашој земљи обезбеђује се, између осталог, усаглашавањем законодавства са стандардима Базелског комитета за банкарски надзор. Стандарди Базелског комитета су механизми за

⁴ Разлог томе је и што се више од 80% биланса стања банака односи на овај вид управљања ризицима. Тако је у САД у раздобљу од 1980. до 1993. године у стечај отишло 1.500 банака, а кључни разлог њихове пропасти била је прекомерна изложеност кредитним ризицима или неодговарајуће управљање истим.

успостављање глобалне стабилности финансијског тржишта и преточени су у директиве ЕУ за адекватност капитала и управљање ризицима у пословању банака, њихову регулацију и контролу. Сврха Базел стандарда је постављање извесних ограничења у пословању банака, а састоје се од три пакета прописа који регулишу различита питања (Basel Committee on Banking Supervision, 2008:17–23).⁵

Први међународни споразум који регулише управљање и покривеност ризика капиталом у банкарском сектору познат је под називом Базел I.⁶ Њиме су постављена правила банкама за управљање капиталом, при чему се од банака захтева више капитала којим би се покрила ризична имовина (Saunders, et al. 2010: 23). Потреба за прилагођенијим приступом кредитном ризику, који банкама нуди могућност избора између више метода обрачуна капиталних захтева, исходovala је нови стандард назван Базел II. Интерни систем рангирања клијената⁷ представља значајнију иновацију овог стандарда (Cannata, Quagliariello, 2009:64). Њиме се допушта банкама самостална процена вероватности неплаћања, а остале компоненте ризика одређује супервизор. Овакав приступ мерењу кредитног ризика преузет је из праксе великих интернационалних банака. Друга иновација по важности је покривање појединих ризика уз помоћ различитих метода које су прилагођене комплексности пословања банка.⁸ Упркос чињеници да је Базел II увео значајне новине, регулатори и светска јавност указали су на његове недостатке због чега је донета одлука о реформи, односно успостављању новог регулаторног оквира названог *Глобални регулаторни оквир за отпорност банака и банкарског система* (Cannata, et al. 2009:66). Иако је Базел III донет 2010. године, његова потпуна примена предвиђена је тек за почетак 2019. године. Циљ новог споразума није да у потпуности замени стари, већ да ојача претходне принципе Базела II и стави већи нагласак на квалитет капитала, а не на његову количину како је било предвиђено.

5 Вођени потребом да се побољша сигурност банкарског система дефинисани су општи принципи супервизије познати као Базелски принципи и стандарди. По њима, кључни ризици са којима се банке суочавају су: 1) кредитни ризик; 2) ризик земље и ризик трансфера; 3) тржишни ризик; 4) ризик каматне стопе; 5) ризик ликвидности; 6) оперативни ризик; 7) законски ризик и ризик репутације; 8) валутни ризик.

6 Службени назив споразума је *Одлука о адекватности капитала*.

7 Према интерном систему рангирања, банка разврстава своја потраживања у 5 основних група зависно до ризика на: 1) трговачка друштва; 2) државне институције; 3) банке; 4) становништво; 5) власничке хартије од вредности.

8 Базел II темељи се на три захтева: 1) минимални капитални захтев; 2) регулаторни надзор; 3) тржишна дисциплина.

Базел III је настао као одговор на светску економску кризу која је 2007. године започела у Сједињеним Америчким Државама, а главни циљ му је стварање банкарског система који је отпорнији и може боље да се носи с новим финансијским кризама. Нови споразум задржава стару конструкцију која се састоји од три принципа, али у овом случају три темељна начела су додатно ојачана новим правилима. Према предлогу Директиве уводе се три нова заштитна слоја капитала (*capital buffers*) која кредитне институције морају одржавати уз минималну адекватност гаранцијског капитала, и то у облику најквалитетнијих инструмената (Angelini, Clerc, Curdia, Gambacorta 2011:29). Овога пута је остављено више могућности регулаторима како не би морали да примене иста правила на све банке које се у пракси значајно разликују. Једна од најважнијих новина које доноси Базел III је и постојање проактивног слоја капитала који штити банку од негативних шокова на тржишту (Wellink, 2011: 56). Претходна правила којима су се банке штитиле од нестабилности су теоретски врло добро функционисала у време привредног раста, али када би се догодили велики финансијски шокови који би тренутно довели до велике економске нестабилности, банке би се нашле у ситуацији да не могу задовољити све више капиталне захтеве који настају усред погоршања општег тржишног стања. Базел III задржава разлике првог и другог принципа, али ограничава њихов састав за квалитетније управљање капиталом који је у стању да боље апсорбује губитке. Како би банке могле да користе један од ових стандарда потребна су велика издвајања за развој нових облика и улагања у људске ресурсе да би се оспособили стручњаци за рад са напредним моделима (Angelini et al. 2011: 30). Поред усклађивања са релевантним правним актима ЕУ у области банкарства, основни циљеви усвајања ових принципа су подизање квалитета капитала, боље праћење и контрола изложености банке ризику ликвидности, јачање тржишне дисциплине и транспарентности пословања банака објављивањем свих релевантних информација о пословању банке, као и прилагођавање извештајног система новим регулаторним решењима.

Сагласно одредбама Базелских уговора, кредитни ризик је могуће мерити на различите начине. За банке је најмање захтеван стандардизовани приступ који се темељи на употреби рејтинга кредитних агенција за мерење кредитног ризика у банкарству. Оне су специјализоване да на основу расположивих података оцењују способност клијената за враћање будућих преузетих обавеза. Кредитне рејтинг агенције имају значајан утицај у данашњем свету и без њих тренутно није могуће замислити функционисање савремених финансијских тржишта.⁹ Рејтинг

9 У неким државама примарни извор дужничког капитала су постала тржишта која се увелико ослањају на мишљења поменутих агенција које постају све утицајније широм

је постао улазница на тржишта новца и капитала¹⁰ и основно средство разликовања хартија од вредности на оне који се налазе у инвестиционом или шпекулативном разреду, што посебно долази до изражаја од када су донесени закони у САД који фаворизују ХВО који су унутар инвестиционих разреда (Kruck, 2011:76).

Да би банке могле да користе неки од датих стандарда потребна су велика издвајања за развој нових облика и улагања у људске ресурсе како би се оспособили стручњаци за рад са напредним моделима (Glantz, et al. 2008: 16). Имплементацијом Базел принципа мења се начин пословања банака, организација пословних процеса као и радне процедуре, што изискује врло значајне финансијске и организационе напоре, посебно за мање и средње банке. Услед тога постоји и могућност да се смернице споразума почну доживљавати као регулаторно оптерећење, а не као могућност унапређења пословања (Laycock, 2014: 83).

5. Закључак

Порастом комплексности финансијских тржишта управљање банкарским ризиком добија на значају. Банке се суочавају са спектром ризика у свом пословању. Разумевањем сваког од ризика, банке могу предвидети укупну изложеност према сваком од њих и начин како то може утицати на њихово пословање. Такође, банке настоје да прате, мере и контролишу ризике како би смањиле изложеност према истима. Анализирајући утицај ризика може се закључити да су за пословање банака најзначајнији кредитни ризик, ризик ликвидности, као и тржишни ризици који могу резултирати губицима произашлим из неповољних промена у валутном курсу или ценама акција, обвезница или других хартија од вредности. У банкарској и корпоративној пракси предузимају се мере да се ризик у сваком послу смањи. Одговорно банкарско пословање подразумева јасно дефинисану

света, покривајући хартије од вредности у износу од 34 билиона долара и 750 милијарди долара вредне зајмове. На тржишту доминирају три највеће рејтинг агенције које заузимају преко 90 % укупног тржишта кредитних рејтинга. Три најважније агенције су Standard&Poor, Moody's и Fitch, а процењује се да су 2005. године прве две агенције остваривале око 77 % светских прихода у овој индустрији, док је Fitch остварио 15 % од укупних прихода споменуте индустрије. Олигополистички положај рејтинг агенција често изазива забинутост у јавности. Председник немачког регулаторног тела *BaFin*, изјавио је да рејтинг агенције обављају добар и значајан посао, али свеједно постају „светске силе без контроле“.

10 Као главни разлози високог позиционирања рејтинг агенција наводе се: 1) слом Breton Woods система; 2) либерализација и дерегулација токова капитала у САД и УК; 3) глобализација финансијских тржишта.

политику, смернице, као и регулативу управљања најважнијим ризицима. Јасно дефинисан однос према ризику значи јасно дефинисати склоност и изложеност банке према одређеном ризику или групи ризика.

Литература/References

Angelini, P., Clerc, L., Curdia, V., Gambacorta, L. (2011), *Basel III: Long-Term Impact on Economic Performance and Fluctuations*, Bank for International Settlements, BIS Working Paper Series.

Beltratti, A., Stulz, R. (2009) *Why Did Some Banks Perform Better during the Credit Crisis? A Cross-Country Study of the Impact of Governance and Regulation*, The Ohio State University, NBER, and ECGI, Finance Working Paper N°. 254/2009, 3.

Basel Committee on Banking Supervision (2008), *Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision*.

Cannata, F., Quagliariello, M. (2009). *The role of Basel II in the subprime financial crisis: guilty or not guilty?*. CAREFIN Research Paper, (3/09).

Drehmann, M. (2008), *Stress Tests: Objectives, Challenges and Modelling Choices*, Riksbank Economic Review, 2/2008, p.p. 60–92.

Glantz, M., & Mun, J. (2008). *The banker's handbook on credit risk: implementing Basel II*. Amsterdam: Academic Press.

Иваниш, М. (2012), *Ризици у банкарском пословању*, Правно-економски погледи, 3/2012, с. 1–15.

Jones, S., Hensher, D. (2008), *Advances in credit risk modelling and corporate bankruptcy prediction*, Cambridge: Cambridge University Press.

Kruck, A. (2011), *Private ratings, public regulations: credit rating agencies and global financial governance*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Laycock, M. (2014), *Risk management at the top: a guide to risk and its governance in financial institutions*, Chichester: John Wiley&Sons.

Mason, J. Rosner, J., *Where Did the Risk Go? How Misapplied Bond Ratings Cause Mortgage Backed Securities and Collateralized Debt Obligation Market Disruptions*, Hudson Institute Working Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1027475>, 8.

Saunders, A., Allen, L. (2010), *Credit risk measurement in and out of the financial crisis. New Approaches to Value at Risk and Other Paradigms*. New Jersey: John Wiley& Sons

Vaughan. H. (1995), *Osnovi osuguranja – upravljanje rizicima*, MATE (John Wiley&Sons, Inc), Zagreb.

Wellink, N. (2011) *Basel III and beyond: Remarks on high level meeting on better supervision and better banking in the post-crisis era*, www.bis.org/speeches/sp110118.pdf

Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

RISK MANAGEMENT IN BANKING

Summary

In the competitive financial market conditions, risk is an essential feature of banking activities, which pervades the entire bank management strategy and organization. Modern business conditions have influenced the transformation of banks into financial holding companies which do their business in all segments of the global financial market. As a result, they encounter different types of risks. If they assess and manage their risks inadequately, they are exposed to the possibility of opening bankruptcy. Therefore, business management in banks today is increasingly conceptualized as risk management. Considering that banks largely operate with financial instruments owned by another, risk taking is a dominant feature of banks. The paper aims to point out the basic risks in banking operations and the complexity of factors that determine these risks.

Keywords: *bank, risk management, financial market, bank exposure, liquidity.*

Dr Dejan Bodul,*
Docent Pravnog fakulteta
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881151B

UDK: 366:347.736/.739(497.5)
347.736/.739(497.5)

Раđ примљен: 21.08.2018.
Раđ прихваћен: 10.12.2018.

DVIJE GODINE PRIMJENE ZAKONA O STEČAJU POTROŠAČA: PARTURIENT MONTES, NASCETUR RIDICULUS MUS

Apstrakt: Navedena Horacijeva izreka je označavala junački poduhvat koji je proizveo slabe rezultate. Dakle, iako se implementiranje Zakona o stečaju potrošača na početku činilo kao „junački“ poduhvat, spuštajući se na praktičnu i empirijsku razinu vidimo kako su mnogi odnosi u životu podložni drugačijim zakonitostima, prije svega ekonomskim, pa ih zbog toga nije moguće promijeniti usvajanjem propisa koji je u suprotnosti s tim zakonitostima. Stoga uzimajući u obzir utjecaj koji Zakon o stečaju potrošača ima na prezadužene pojedince i na društvo u cjelini, autor će analizirati rezultate dvogodišnje primjene Zakona o stečaju potrošača. Radi usporedbe i mogućih prijedloga de lege ferenda za srpskog zakonodavca, analiza hrvatskih iskustava s modelom potrošačkog postupka je bitna jer ukazuje hoće li potencijalna implementacija i primjena ovakvog modela insolventijskog postupka ostvariti svoju svrhu i dati (očekivane) rezultate.

Ključne riječi: postupak stečaja potrošača, dvije godine primjene, rezultati analize.

* dbodul@pravri.hr

1. Okvir za raspravu

Cjeloviti prikaz potrošačko stečajnog zakonodavstva, pored analize pravnog i institucionalnog okvira koji uređuju ovo područje, zahtijevao bi i analizu važećih društveno-ekonomskih odnosa. Stoga imajući u vidu kompleksnost i aktualnost problema koji u ovom radu analiziramo, smatramo važnim na početku analizirati dosadašnja istraživanja ukazujući na doprinos ovog rada. te ukazati na metodologiju koju ćemo koristiti.

1.1. Pregled literature i doprinos rada

Provedbu kao i cilj potrošačko stečajnog postupka detaljno uređuje Zakon o stečaju potrošača,¹ a pritom se *mutatis mutandis* primjenjuju odredbe Stečajnog zakona.² U Republici Hrvatskoj postoji, možda, stotinjak znanstvenih tekstova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative, i to prvenstveno problematikom, uvjetno govoreći, korporativnog stečaja. Dakle, postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja,³ za razliku od kapitalnih djela i znanstvenih članaka koja postoji u pravu, primjerice, SAD i njemačkom pravu. Ipak posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Najveći broj ekonomskih, najčešće, empirijskih istraživanja u oblasti stečaja bavi se ključnim pokazateljima stečajnog postupka (dakle, troškovima stečajnog postupka, vremenom trajanja stečajnih postupaka te stupnjem namirenja vjerovnika) te vrši poredbeno-pravnu analizu i razmatra odnos intenziteta korištenja stečaja i niza varijabli.⁴ Radi otklanjanja slabosti postojeće stečajne regulative te kako

1 Narodne novine, br. 100/2015. i 67/2018. (stupa na snagu 01.01.2019.), dalje: ZSP.

2 Narodne novine, br. 71/2015. i 104/2017. dalje: SZ. Stupanjem na snagu novog SZ prestaje važiti stari Stečajni zakon (Narodne novine, br. 44/1996, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 82/2006, 116/2010, 25/2012. i 45/2013. dalje: stari SZ). Također danom stupanja na snagu novog SZ u Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/2012, 144/2012, 81/2013, 112/2013, (71/2015. i 78/2015.), dalje: ZFPPN) prestaje važiti odredba čl. 1, t. 3, odredbe čl. 3, t. 10, 11, 12, 14 i 15, čl. 17, st. 7, čl. 88, st. 1, t. 3–6, te čl. 18–86, dakle odredbe o predstečajnoj nagodbi.

3 Prostor ne dozvoljava širu elaboraciju, stoga u bilješkama upućujemo na izvorne radove. Dika, M. (1998). *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1–119; Eraković, A. (1997). *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF Plus, Zagreb, 1–257, te Sajter, D. (2008). *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, Ekonomski fakultet, Osijek, 1–303; Čuveljak, J. (2013). *Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi s komentarom*, III. izdanje Zgombić& Partneri, Zagreb, 1–1176.

4 Sajter, D. *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja... cit.*, 1–303.; *id.* (2010). *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 47(3), 729–744; *id.* (2007). *Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj*, *Ekonomski vjesnik*, (1 i 2), 31–42; Schönfelder, B. (2002). *Ekonomska analiza Zakona o stečaju*:

bi se stečajni postupak učinio učinkovitijim, pravna doktrina,⁵ ali i struka⁶ analizirala je čitav niz procesnih mjera što je u konačnici doprinijelo i rezultiralo nizom izmjena stečajnog zakonodavstva. U njihovim radovima analizirane su procesne radnje, njihove prednosti i mane, posljedice i preduvjeti za njihovu uspješn(ij)u primjenu.⁷

Ipak za ovaj rad su važniji tekstovi koji analiziraju institut potrošačkog stečaja.⁸ Naime, ti se radovi bave pravnim problemima postupka potrošačkog stečaja, koji

pregled literature, *Financijska teorija i praksa*, 26(3), 75–690. te Šverko Grdić, Z., Radolović, J., Bagarić, L. (2009). Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, *Ekonomski pregled*, vol. 60(5-6), 250. *etseq*.

5 Dika, M. (2012). Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, 54, u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/2012)*, Crnić, I. (ur.), Organizator, Zagreb; Garašić, J. (2013). Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liberamicorum* Mihajlo Dika, *Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike*, (ur. Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A.), Pravni fakultet, Zagreb, 469–493; Garašić, J. (2007). Završna dioba u stečajnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 28(1), 1-32; Bodul, D., Vuković, A. (2012). Stečajno zakonodavstvo u tranziciji – komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 49(3), 633–661; Maganić, A. (2015). Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 65(3-4), 409–437.

6 Eraković, A. *op. cit.*, 2007. i Hrastinski Jurčec, Lj. (2007). Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, *Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb; Čuveljak, J., Kružić, D. (2012). Stečajni plan – zadnja u nizu kriznih strategija za preživljavanje insolventnih korporacija, *Zbornik radova Ekonomskog fakulteta, Sveučilišta u Mostaru*, Mostar, 19–40; Abramović, A. (2014). Upravnosudski aspekti primjene Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 35(1), 311–322; Marković, N. (2014). Ovlaštenje suda u okviru instituta predstečajne nagodbe, u: Barbić, J. (ur.), *Hrvatsko insolventijsko pravo*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 70; Pavlovih, M. (2014). Sklapanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom, *Hrvatska pravna revija*, (9), 80. *etseq*.

7 Bodul, D., Vuković, A. (2015). (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 36(1), 181–213; Čuveljak, J. (2015). O novom Stečajnom zakonu, *Pravo i porezi (7-8)*, 3-12, te Hercigonja, J. (ur.) (2015). *Reforma hrvatskog insolventijskog prava – novi Stečajni zakon*, Inženjerski biro, Zagreb, 1-267.

8 Bodul, D., Vuković, A. (2014). Nacrt Zakona o stečaju potrošača iz lipnja 2014. i opravdanost recepcije njemačkih rješenja, *Hrvatska pravna revija*, (9), 60–75; *Id.* (2014). Uz rješenja Nacrta Zakona o stečaju potrošača: prijedlozi i mišljenja, *Informator*, (6325), 9-10; Bodul, D. (2014). Pravni okvir za implementaciju instituta potrošačkog stečaja – I dio, *Informator*, (6247), 5-6.; *Id.* (2014). Pravni okvir za implementaciju instituta potrošačkog stečaja – II dio, *Informator*, (6249), 11-12; *id.* Bartulović, Ž., Matić, I. (2015). Kratka povijest potrošačkog stečaja ili još jedna nenaučena lekcija iz povijesti, *XI. Majsko savjetovanje, usluge i zaštita korisnika*,

za sada ne daju potpunu sliku fenomena sve raširenije potrošačke insolventnosti.⁹ Dakle, uočava se da je domaća, kako znanstvena tako i stručna, literatura skromna, čime problematika potrošačkog stečaja ostaje pravni specifikum nedovoljno razjašnjen u postojećoj literaturi. Štoviše, potreban je jedan interdisciplinarni pristup kako bi ova tematika dobila potrebnu širinu i analitičnost. Stoga će ovo istraživanje doprinijeti potpunijem i cjelovitijem sagledavanju instituta potrošačkog stečaja.

1.2. Metodologija rada

Kompleksnost predmeta istraživanja i postavljeni zadaci uvjetovali su izbor metoda pa je u istraživanju korišten metodološki pristup koji obuhvaća proučavanje domaće i strane literature, odgovarajućih zakonskih propisa, kao i analizu domaće i strane prakse. U radu će se analizirati i praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje: ECHR) jer polazimo od pretpostavke da saznanja o ovoj me mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada. Svakako smatramo bitnim istaknuti kako prostor koji ovdje imamo, ne dopušta detaljnu raščlambu ove problematike, pa smo prinuđeni ograničiti se isključivo, po mišljenju autora, na neke aspekte potrošačko stečajne regulative. Također treba istaknuti kako do vremena sačinjavanja ovog rada nije postojalo dovoljno praktičnog sudskog iskustva niti judikature da bi se sudski dio postupka mogao analizirati s kritičkog aspekta. Ipak, uvažavajući rečeno, cjelovit(ij)a ocjena/analiza uspješnosti bilo kojih promjena, pa tako i promjena koje su 2015. poduzete implementiranjem stečajnog postupka za prezadužene potrošače, zahtijeva usporedba postignutog s dvjema referentnim točkama. Prva (I) je zatečeno, a druga (II) ciljno stanje, odnosno ono koje bi trebalo biti namjeravani rezultat poduzetih mjera.

1.2.1. Zatečeno normativno stanje do implementacije Zakona o stečaju potrošača 1. siječnja 2016.

Moderno hrvatsko stečajno pravo uređeno je Stečajnim zakonom od 15. svibnja 1996.¹⁰ Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 1997. kada je prestao važiti Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji.¹¹ Sam Stečajni zakon je složen i obiman zakon (342 članka), a mnoga njegova rješenja su u bitnome nova.¹² Donesen je

Kragujevac, 1067–1087; Garašić, J. (2011). Kako zakonski regulirati „osobni stečaj” u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(5), 1487–1514.

9 Za poredbeno-pravna rješenja vidi, Radović, V. (2006). *Individualni stečaj*, Dosje, Beograd, 27. etseq.

10 Narodne novine, br. 44/1996.

11 Narodne novine, br. 9/1994.

12 Podrobnije, Dika, M., *op. cit.*, 1–10.

u svibnju 1996. i nakon toga mijenjan (dopunjavan) više puta. Ipak česte finansijske krize uvjetovale su potrebu za radikalnom reformom stečajne regulative, a budući da tehnika provođenja stečaja nije dala pomake i da se u stečaj ide, u pravilu, bez stečajnog plana, javila se potreba za implementiranjem novog zakona, ZFPPN. Iako je donošenjem ZFPPN 2012. znatno izmijenjen stečajni postupak u Republici Hrvatskoj, u njegovoj višegodišnjoj praktičnoj primjeni uočeno je niz problema u tumačenju i učincima pojedinih odredbi i instituta, što se pokušalo otkloniti implementiranjem novog SZ. No, još donošenjem starog SZ, po uzoru na njemački Insolvency Act¹³, predstavljalo je korjenitu promjenu načina na koji se provodio stečajni postupak u Republici Hrvatskoj.¹⁴ Naime, ideja proširenja pasivne stečajne sposobnosti na sve fizičke osobe nije nova i u stari SZ je implementiran institut stečaja na imovinom dužnika pojedinca (što je djelomično zadržano i u novom SZ), gdje se dužnikom pojedincem prema odredbama starog SZ-a smatraju trgovac pojedinac i obrtnik, dakle ne svaka fizička osoba. Stoga je doktrina tadašnje pozitivno rješenje, stečaja nad imovinom dužnik pojedinca (trgovca pojedinca i obrtnika), do implementacije ZSP-a 2015,¹⁵ smatrala „tranzicijskom“ kategorijom. Ipak stečajni postupak nad imovinom dužnika pojedinca kako je uređen u starom SZ predstavljao je prvi korak prema otvaranju mogućnosti provođenja stečajnog postupka nad imovinom svih fizičkih osoba, odnosno uvođenju potrošačkog stečaja. Odgovor na pitanje zašto je u starom SZ došlo do izostavljanja kategorije potrošača kao mogućeg subjekta stečaja nije jednostavno dati, no ova se nesmotrenost ispravila recepcijom instituta potrošačkog stečaja odnosno ZSP-a.¹⁶ U razdoblju implementacije ZSP struktura dospjelih neizvršenih osnova za plaćanje prema trajanju blokade računa građana ukazuje na prevladavanje dugotrajnih blokada. Dominiraju blokade u trajanju duljem od godinu dana, kako po broju građana, tako i po iznosu blokade. Broj građana čiji su računi blokirani više od jedne

13 *Insolvenzordnung* od 5. 10. 1994. (*Bundesgesetzblatt*, 1994I, 2866; posljednja izmjena *Bundesgesetzblatt*, 2011, I, 2854.

14 Za iskustva Republike Srbije, Jovanović-Zattila, M., Čolović. V.(2007). *Stečajno pravo*, Dosije, Beograd.

15 Hrvatska ima dugu tradiciju stečaja nad imovinom fizičkih osoba iz povijesne perspektive, takav institut nije *terra incognita* u hrvatskom zakonodavstvu. Prvi stečajni zakon, odnosno Privremeni red stečajni donesen je 18. srpnja 1853. i uređivao je materiju stečaja nad imovinom svih fizičkih osoba. „Ministarstvo pravosuđa Kraljevine Ugarske, Hrvatske i Slavonije i serbske Vojvodine s tamiškim Banatom i za veliku knježevinu Erdeljsku“ izdalo je 18. srpnja 1852. naredbu kojom donosi Privremeni stečajni red, koji će se primjenjivati od 1. rujna 1853. (dalje u tekstu: Stečajni red). Sadržan u XLIII. kom. drž.-zak. lista pod br. 132, izdanom i razposlanom dne 20. srpnja 1853.

16 Podrobnije, Bodul, D., Vuković, A. (2014). Nacrt Zakona o stečaju potrošača iz lipnja 2014. i opravdanost recepcije njemačkih rješenja, *Hrvatska pravna revija*, (9), 60–75.

godine na dan 31. prosinca 2014. iznosio je 248.818 za dug u iznosu od 28,55 milijardi kuna (ukupni dug iznosi 31,06 milijardi kuna).¹⁷

1.2.2. Implementiranje Zakona o stečaju potrošača i njegove izmjene

Sukladno pravilima potrošačkog insolventijskog postupka, cilj je ovog specifičnog izvanparničnog postupka poštenog potrošača osloboditi od obveza koje preostanu nakon unovčenja njegove imovine i raspodijele prikupljenih sredstava vjerovnicima (oslobođenje od preostalih obveza). Dakle, kod potrošačkog stečaja razlikujemo materijalno-pravni cilj koji se odnosi samo na potrošača i predstavlja upravo *differntia specifica* u odnosu na korporativni stečaj. Sam postupak je žuran/hitan pa sud može donositi odluke i bez usmene rasprave, *ex offo* odlučivati o činjenicama koje su važne za postupak i radi toga izvoditi sve potrebne dokaze. Posebne insolventijske odredbe pružaju potrošačima pravo na otpust dugova u više etapa. Prva je određena u pokušaju potrošača da postigne izvansudski sporazum o ispunjenju obveza sa svojim vjerovnicima. Izvansudski postupak provodi posrednik u savjetovalištu sa ciljem sklapanja izvansudskog sporazuma između potrošača i vjerovnika, prije pokretanja postupka stečaja potrošača. Savjetovališta se po odredbama ZSP-a smatraju ustrojstvene jedinice Financijske agencije i druge osobe koje su dobile dozvolu za obavljanje poslova savjetovališta. Pokušaj, a ne postizanje izvansudskog sporazuma o reguliranju duga, bio je preduvjet pokretanja sudskog stečajnog postupka. Naime, novela ZSP, koja će stupiti na snagu 1. 1. 2019, izvansudski pokušaj definira kao fakultativni stadij postupka. Slijedi ponovni pokušaj postizanja sporazuma o reguliranju duga u okviru sudskog stečajnog postupka uz mogućnost nametanja rješenja od strane suda kroz tzv. pravila o zabrani opstrukcije. Ako u okviru druge etape postupka vjerovnici ne prihvate plan za reguliranje dugova dužnika, slijedi otvaranje postupka stečaja potrošača i likvidacija dužnikove zapljenive imovine u okviru sudskog postupka za koji vrijede pojednostavljena pravila te, ovisno o prijedlogu dužnika, oslobađanje od preostalih dugova tijekom razdoblja do pet godina (tzv. razdoblje dobrog vladanja). Pritom se supsidijarno primjenjuju pravila SZ o stečajnim, izlučnim i različnim vjerovnicima; vjerovnicima stečajne mase; pravnim posljedicama otvaranja stečajnoga postupka; unovčenju stečajne mase i unovčenju predmeta na kojima postoji različno pravo i namirenju stečajnih vjerovnika, osim odredbi o obustavi stečajnog postupka. Od značajnijih novina ZSP 2018 istaknuli bi pojašnjavanje definicije pojma potrošača s obzirom na dvojbe koje su se javile u sudskoj praksi. Sud je dobio veća ovlaštenja, ali jedan od većih problema predstavlja nedostatak povjerenika, tj. osoba koje su voljne biti povjerenicima u postupku stečaja potrošača. Trenutno je na listi povjerenika

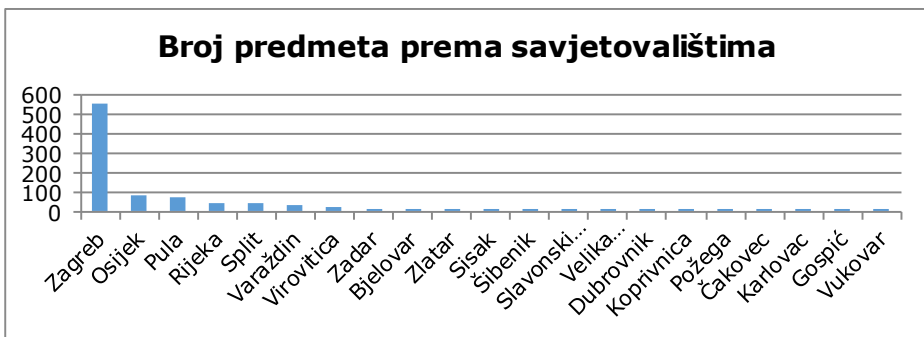
17 Ministarstvo pravosuđa (2015). Nacrt prijedloga Zakona o stečaju potrošača, Zagreb, veljača, 3.

upisano samo dvoje povjerenika jer ne postoji interes za obavljanje navedene dužnosti. Stoga se novim rješenjima planira riješiti problem nedostatka osoba koje bi se upisale na listu povjerenika na način da se olakšava upis na listu povjerenika (omogućava se odvjetnicima, stečajnim upraviteljima, ovlaštenim revizorima i poreznim savjetnicima da obavljaju poslove povjerenika bez potrebe polaganja stručnog ispita), ali i propisuje mogućnost imenovanja stečajnih upravitelja umjesto povjerenika, čime se osigurava primjena ZSP-a. Nadalje, reformiralo se i pravilo o zabrani opstrukcije kao i pravilo o slučajevima kada se otvoreni stečajni postupak ne provodi. Također je propisano da u postupku stečaja potrošača postoje samo dva isplatna reda i to viši i niži isplatni red. Nadalje, rješavaju se dvojbe koje su uočene u praksi. Prva dvojba odnosi se na davanje uzdržavanja iz stečajne mase i situacije ako potrošač premine. Zakon se usklađuje sa Zakonom o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2017, te se uvažavaju sva pravila ovršnog prava prema kojima određivanje ovrhe na nekretnini nije dopušteno. Razrađuju se odredbe koje uređuju postupak završne diobe i završni diobni popis kako bi se otklonile nedoumice koje su se pojavile u sudskoj praksi. Nadalje, osim što se kvalitetnije uredio pravni položaj povjerenika, potrošač je dužan predati povjereniku jednu polovinu imovine koju stekne nasljeđivanjem, a ne ukupnu naslijeđenu imovinu, kako bi se odredba uskladila sa SZ, tj. kako potrošač ne bi bio u nepovoljnijem položaju. Također se uređuje tijek zastare za vrijeme trajanja stečajnog postupka i razdoblja provjere ponašanja određujući pritom slučajeve u kojima se zastara prekida. Ipak najveća novina je glava IX.a „Jednostavni postupak stečaja potrošača“, gdje se definiraju uvjeti, način i postupak provođenja jednostavnog postupka stečaja potrošača u kojem bi se većem broju osoba koje imaju blokirane račune omogućilo oslobođenje od obveza. Iako se autor ograničio na opće konstatacije o navedenom modelu postupka, bez detaljnog razmatranja brojnih i raznolikih konkretnih specifičnih rješenja, za spomenuti je kako je implementiranje jednostavnog postupka stečaja potrošača, kao model, nešto što već egzistira. Iz nomotehničke perspektive, to smatramo pozitivnim jer nova rješenja, koja se ne baziraju na homogenom, u praksi ispitanoj modelu, nužno su i rješenja s kojima se ni u drugim pravnim sustavima nema iskustva. Takva iskustva su, međutim, nužna, da bi se „oživjeli“ zakoni. U konačnici, iako primjena kako starog SZ tako i novog SZ u odnosu na dužnike pojedince još nije utvrdila odgovarajuće standarde za pojedine probleme, te je većina odredbi u potpunosti ostala „neiskušana“ u praksi, tek će primjena ZSP trebati iskristalizirati određena tumačenja.

1.2.2.1. *Primjena Zakona o stečaju potrošača u brojkaма s danom 25. rujna 2017.*¹⁸

Broj predmeta prema fizičkoj osobi-građaninu je 1.031, dok prema fizičkoj osobi koja obavlja obrt/samostalnu djelatnost je 4. Dakle, ukupan broj predmeta prema fizičkoj osobi-građaninu i fizičkoj osobi koja obavlja obrt/samostalnu djelatnost je 1.035.

Grafikon 1. *Prikaz distribucije predmeta prema savjetovalištima*



Grafikon 2. *Prikaz ukupnog broja vjerovnika prema savjetovalištima, obzirom na to pred kojim savjetovalištem se predmet vodi*

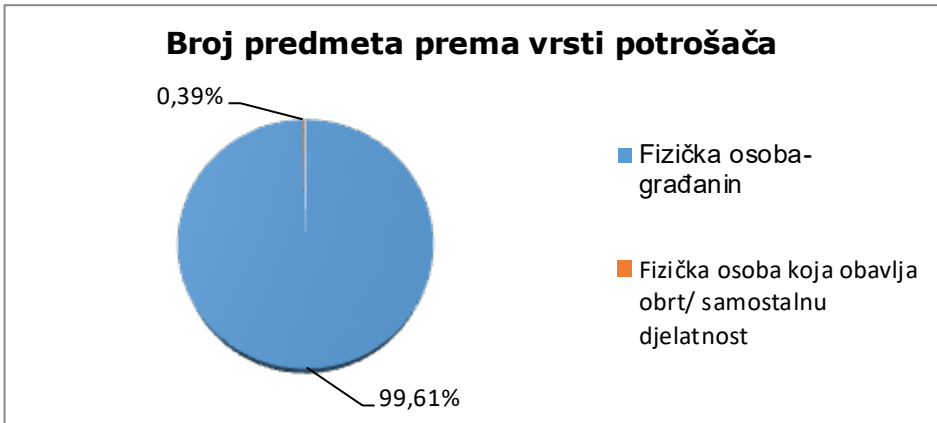


¹⁸ Izvor za navedene podatke je Financijska agencija – informacijski sustav stečaja potrošača. Podaci predstavljaju zadnje statističke empirijske podatke za Republiku Hrvatsku te su dostupni kod autora.

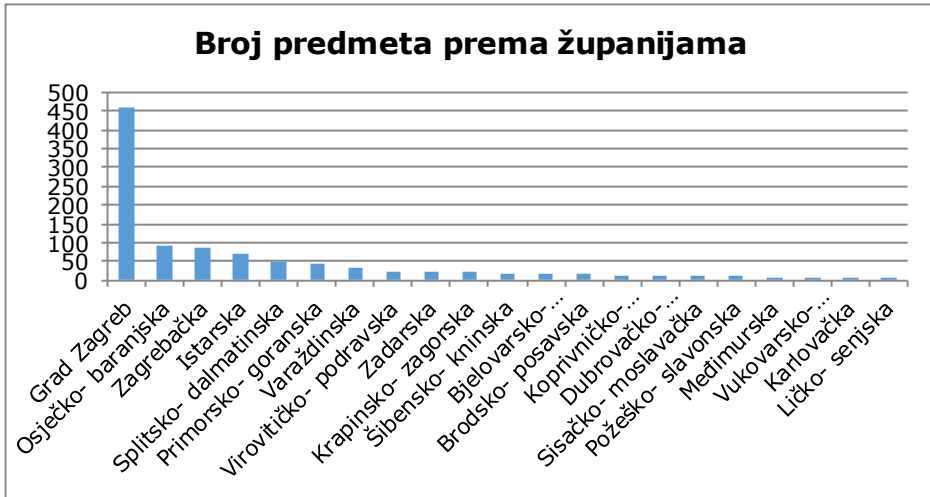
Grafikon 3. Prikaz ukupnog iznosa potrošačevih obveza prema vjerovnicima, obzirom na to pred kojim se savjetovalištem predmet vodi



Grafikon 4. Prikaz ukupnog broja predmeta s prijavljenim obvezama i ukupnog broja predmeta bez prijavljenih obveza na razini RH

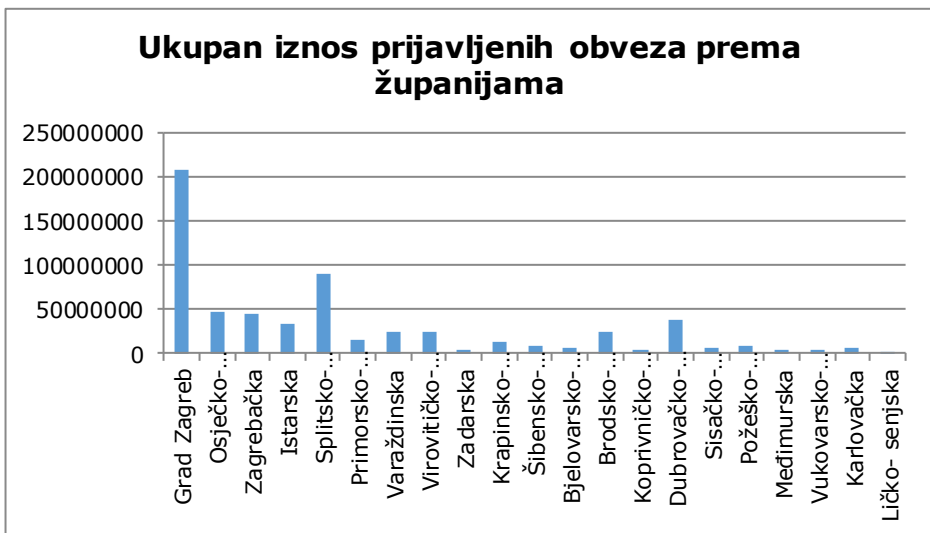


Grafikon 5. *Prikaz broja potrošača iz pojedine županije koji su pokrenuli izvan-sudski postupak*



Zbirni podaci o broju sklopljenih izvanjudskih sporazuma pred savjetovalistima ukazuju da je sklopljeno samo 16 nagodbi.

Grafikon 6. *Prikaz ukupnog iznosa potrošačevih obveza prema vjerovnicima, a prema popisu obveza potrošača iz pojedine županije*



1.2.2.2. Analiza navedenih statističkih indikatora i određeni pravni prijepori

Statistički podaci mogu osigurati, za naše potrebe, neke smjernice za potrebu daljnje reforme. Ipak učinkovitost nekog instituta se ne može mjeriti isključivo niti po broju pokrenutih i/ili otvorenih postupaka. S jedne strane, dostupni podaci ukazuju kako znatan broj potrošača nije pronašao izlaz kroz izvansudski postupak potrošačkog stečaja, što također nije začuđujuće i što je bilo za očekivati nakon donošenja ZSP budući su na isto i upućivala poredbena rješenja, prvenstveno iskustva njemačkog postupka potrošačkog stečaja. Naime, polazište za novi ZSP bila je glava IX. Njemačkog *Insolvenzordnung* iz 1999. (stečaj potrošača), koji je i sam radikalno izmijenio njemačko stečajno zakonodavstvo. S druge strane, potrošači koji potencijalno sklope nagodbu o planu otplate duga tek će se nalaziti u razdoblju ispunjavanja obveza na temelju odobrenih nagodbi i tek će buduće razdoblje pokazati hoće li biti u mogućnosti ispuniti preuzete obveze u cijelosti. Dakle, mora se priznati da statistički podaci, koji su sada dostupni, prikazuju samo pola istine – otkrivaju broj i vrstu podnesaka, ali ne govore ništa o neuspjehu pregovora, utjecaju prezaduženosti potrošača na treće osobe ili na njihove obitelji. Štoviše, statistika ne otkriva najvažnije: kako sklopljeni planovi otplate duga funkcioniraju u praksi, vrlo konkretno je li dužnik uredno ispunjavao preuzete obveze prema vjerovnicima te je li, ako preuzete obveze ne izvršava nad njim pokrenut ovršni postupak kao krajnja mjera u kojoj više nema realne mogućnosti za novi početak. U konačnici, iako ZSP predstavlja ozbiljan pomak, naročito kao *conditio sine qua non* temeljitog i potrebitog postupka za „restrukturiranje“ sveprisutne prezaduženosti potrošača, smatramo da konačna ocjena o njegovoj uspješnosti još uvijek nije u potpunosti moguća bez obzira na metodološki pristup koji smo odabrali. Naravno, treba uzeti u obzir da na takve podatke pored samih zakonskih rješenja utječu i brojni izvansudski (institucionalni) čimbenici (ogroman broj insolventnih potrošača, nedovoljan broj sudaca kojima je bilo povjereno vođenje stečajnog postupka, nedostatan broj kao i slaba obučенost povjerenika, neadekvatni način njihovog financiranja i posljedično slaba motiviranost za rad). Štoviše, analizirajući navedeno iz pravne perspektive, vidimo kako Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁹ obvezuje države ugovornice, dakle i Republiku Hrvatsku, na organiziranje svojih pravosudnih sustava na način koji omogućava rad sudova u skladu sa zahtjevima iz čl. 6, st. 1. U tom kontekstu, uspješnost reformi se iskazuje i činjenicom prema kojoj se moderna i učinkovita tržišna gospodarstva ne mogu zamisliti bez suvremeno organiziranog i funkcionalnog sustava sudova i pratećih tijela. Autori potvrđuju tezu rada – kako reforma nije bila višestрана – činjenicom kako zakonodavac nije predvidio učinke i po-

¹⁹ Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006. i 2/2010.

sljedice koje će zakonske izmjene proizvesti te uslijed toga nije niti pripremio (pravosudni) sustav da ih spremno dočeka. Već sada uočava se deficit stručnih osoba, posebno stečajnih sudaca i povjerenika koji će potrošačko stečajne postupke neposredno provoditi. Naime, jedan od uvjeta za obavljanje funkcije povjerenika je i položen stručni ispit za povjerenika. Stručni ispit za povjerenika sastoji se od općeg i posebnog dijela s tim da opći dio nije dužna polagati osoba koja ima položen ispit za stečajnog upravitelja. Uvjet za polaganje stručnog ispita ispunjava osoba: a) koja je obavila stručnu obuku u trajanju jedne godine ili b) koja je upisana na A listu stečajnih upravitelja. Međutim, broj osoba koje su iskazale interes za polaganje stručnog ispita za povjerenika ne osigurava i ne jamči uspješnu provedbu postupka stečaja potrošača, a navedeno tim više što u određenim područjima Republike Hrvatske uopće nije bilo zainteresiranih osoba. Stoga se izmjenama ZSP predlažu novine na navedenom području (vidi *supra*). Dakle, nakon kratkog razdoblja primjene ZSP uočeni su nedostaci u njegovoj primjeni koji se ogledaju u nedovoljnom broju povjerenika koji su zainteresirani profesionalno obavljati vrlo složenu funkciju operativnog tijela postupka stečaja potrošača. Od kvaliteta rada povjerenika u velikoj mjeri i zavisi stupanj namirenja, odnosno visina troškova postupka. Ipak, iako je niz novih rješenja trebao ukloniti nedostatke i stvoriti prostor za adekvatan razvoj profesije upravitelja, za sada nedostatan broj stečajnih upravitelja²⁰ kao i nepostojanje „krovne“ organizacije, Komore stečajnih upravitelja, upućuje na suprotne rezultate. Nadalje, jedan od većih nedostataka ZSP je činjenica da je postupak radi opterećenosti trgovačkih sudova,²¹ koji tradicionalno vode ovu vrstu postupaka, stavljen u stvarnu nadležnost općinskih sudova, pa je pitanje hoće li sudovi koji nisu specijalizirani za ovu vrstu predmeta biti u stanju iste adekvatno i provoditi. Naime, objektivna potreba za specijalizacijom sudova nije nikakav hir, već nužan rezultat zahtjeva za učinkovitom stečajno pravnom sudskom zaštitom, a činjenica je da se općinski sudovi nisu do sada susretali s složenom stečajnom problematikom dovodi u pitanje mogućnost adekvatnog provođenja postupka stečaja potrošača. Konačno, možda i najvažnije institucionalno ograničenje se odnosi na postojeće ekonomsko okruženje. Teško je očekivati da stečaj može biti brz u slučaju odsustva interesa kupaca, ili da stupanj namirenja

20 Podatak dostupan na mrežnim stranicama: (02. 09. 2018).

21 Analizirajući cjelokupni hrvatski stečajni sustav i sustav organiziranja trgovačkih sudova vidimo da su u 2015. zaprimili 19.543 stečajnih predmeta, a riješili samo 5.255, što predstavlja svega 26,9 % riješenih predmeta u odnosu na primljene. Navedeno je posljedica novoga SZ-a. Pri tome se očekuje daljnji rast priljeva stečajnih predmeta kao izravna posljedica izmjena SZ-a, te je stoga potrebno hitno poduzeti korektivne mjere kako bi se trgovački sudovi u razumnim rokovima mogli nositi s ovako povećanim priljevom predmeta. Opterećenost sudaca u tim predmetima povećala se na 1.651 predmet po sucu, a što na neki način otkriva razloge povećanja zaostataka. Tako i podrobnije, Turkalj, K. (2016). Kako pravosuđe može dati doprinos gospodarskom rastu u Republici Hrvatskoj, *Pravo i porezi*,(4), 59. *etseq.*

može biti viši ako je prodaju moguće učiniti samo uz znatno smanjenje cijene. Neka rješenja Pravilnika o načinu i postupku provedbe prodaje nekretnina i pokretnina u ovršnom postupku²² mogu pojednostaviti prodaju, te tako smanjiti troškove i eventualno ostvariti bolju prodajnu cijenu, ali će nepovoljno ekonomsko okruženje i dalje imati odlučujuću ulogu. Nadalje, kako moderno potrošačko stečajno pravo nema dugu tradiciju, na institucionalnoj razini konflikt će morati rješavati sudovi. *Exempli causa*, primjenom pravila SZ-a otvoreni stečajni postupak ne provodi se ako dužnik (pravna osoba i dužnik pojedinac) nema imovine ili je ona neznatne vrijednosti da bi se namirili troškovi tog postupka. Međutim u slučaju da se steknu uvjeti da se zaključeni stečajni postupak nastavi, sud donosi rješenje o nastavljanju postupka i poziva vjerovnike da u roku od 30 dana stečajnom upravitelju prijave svoje tražbine te zakazuje ispitno i izvještajno ročište. Rješenje o nastavljanju stečajnog postupka sud donosi na prijedlog stečajnog upravitelja, kojega od stečajnih vjerovnika ili po službenoj dužnosti. Imovina zbog koje je nastavljen stečajni postupak je stečajna masa i na nju se na odgovarajući način primjenjuju odredbe SZ-a o dužniku u njegovim tijelima. Ove odredbe SZ-a na odgovarajući način primjenjuju se i u postupku stečaja potrošača. Razlika je u tome što se stečajni postupak pravnih osoba i dužnika pojedinca nastavlja nakon što je on otvoren i zaključen zbog toga što dužnik nema imovine ili je ona neznatne vrijednosti, a kod stečaja potrošača, postupak stečaja se nastavlja nakon što je već određeno razdoblje provjere ponašanja potrošača u trajanju od 5 godina. Dakle, iz razdoblja provjere ponašanja vraćamo se u nastavak postupka stečaja pa se postavlja pitanje što će biti s postupkom oslobođenja od preostalih obveza? Nejasno je zakonsko uređenje da se za vrijeme trajanja razdoblja provjere ponašanja treba nastaviti stečajni postupak ako potrošač stekne imovinu iz koje se mogu namiriti vjerovnici, dovodi do pitanja prekida li se ili obustavlja oslobođenje od preostalih obveza?²³ Rješavajući ovakve i slične probleme judikatura će u velikoj mjeri pridonositi oblikovanju novih pogleda na ovaj pravni instrument kolektivno pravne zaštite potrošača. Tu je bitno i za naglasiti kako se preko ECHR-a afirmira načelo precedentalnog prava i time sudske prakse kao formalnog izvora prava, što zahtjeva pojačanu pozornost u praćenju i tog izvora prava. Tu nam je, primjerice, zanimljiva presuda *Zavodnik protiv Slovenije*.²⁴ Naime, u postupku stečaja potrošača pismena se objavljuju putem mrežne stranice e-oglasna ploča sudova. Objava pismena na mrežnoj stranici e-oglasna ploča sudova smatra se dokazom da je dostava obavljena svim sudionicima pa i onima za koje ZSP propisuje po-

22 Narodne novine, br. 156/2014.

23 Vidi, Marković, N., Baran, N. (2016). *Zakon o stečaju potrošača – priručnik za polaznike*, Pravosudna akademija, Zagreb, 38–39.

24 ECHR, *Zavodnik protiv Slovenije*, br. 53723/13. iz 2015.

sebnu dostavu. Smatra se da je dostava pismena obavljena istekom osmog dana od dana objave pismena na mrežnoj stranici *e*-oglasna ploča sudova. Iako sudi-onici postupka mogu zatražiti da im se pismena dostavljaju na kućnu adresu, na adresu elektroničke pošte ili u osobni korisnički pretinac, navedena dostava nema pravni učinak na tijek rokova propisanih ZSP-om. U svakom slučaju, za svakog potrošača u svakom sudu posebno vodi se, prema vremenskom redosljedu objave, očevidnik pismena dostavljenih preko mrežne stranice *e*-oglasna ploča sudova u elektroničkom obliku. Očevidnik pismena je javan i mora biti dostupan zainteresiranim osobama tijekom cijeloga radnog vremena suda. U očevidniku pismena unose se podaci na temelju kojih se može utvrditi istovjetnost potrošača, broj predmeta, vrsta sudskoga pismena i dan objave pismena na mrežnoj stranici *e*-oglasna ploča sudova. Dakle, normiranjem da se pismena u postupku stečaja potrošača objavljuju na *e*-oglasnoj ploči, odnosno da se stran-ci ne vrši osobno dostavljanje akta kojim se odlučuje o njenom pravu, obvezi ili na zakonom zasnovanom interesu, zbog čega objektivno nije u mogućnosti da se upozna sa sadržinom akta, dovodi se u pitanje ostvarivanje prava na pravič-no suđenje i prava na jednaku zaštitu prava i na pravni lijek što je zajamčeno odredbama čl. 29, st. 1 Ustava Republike Hrvatske²⁵ i čl. 6, st. 1 Konvencije²⁶. Naime, takva stranka mogla bi biti u potpunosti onemogućena u ostvarenju tog prava, koje za nju postaje iluzorno i neostvarivo. Dakle, ovakvo se rješenje o dostavi pismena može problematizirati budući da postupci kojima se može pristupiti isključivo „elektroničkim sredstvima“ nekim osobama potencijalno mogu onemogućiti „pravičnu mogućnost“ sudjelovanja na ročištima. Tako se u spomenutom predmetu pred ECHR-om, problematiziralo neodgovarajuće oba-vještavanje o tijeku stečajnog postupka. Naime, podnositelj zahtjeva se uglavnom žalio na ugrožavanje njegovog prava na pristup sudu u pogledu stečajnog po-stupka nad njegovim bivšim poslodavcem, trgovačkim društvom, u kome je on bio vjerovnik. Podnositelj zahtjeva nije vidio obavijest o ročištu koje je unapri-jed objavljeno na oglasnoj ploči suda, niti je pročitao obavijest u Službenom glasilu. Podnositelj zahtjeva se osim toga nije mogao žaliti na odluku jer je pro-pustio predviđeni rok za žalbu. ECHR je ispitaao, kao pitanje pristupa sudu, žalbu

25 Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 05/2014. „Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama...“

26 „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.“

podnositelja u vezi s nemogućnošću da sudjeluje na ročištu u stečajnom postupku, odnosno da pravovremeno podnese žalbu. Priznajući da članom 6, st. 1 nije predviđen konkretan način dostave dokumenata, ECHR je odvagao interese učinkovitosti pravosuđa s jedne strane i interese podnositelja zahtjeva s druge strane. ECHR je utvrdio da podnositelj zahtjeva nije imao „pravičnu mogućnost” saznati za predmetno ročište i da je, prema tome, došlo do povrede čl. 6, st. 1 Konvencije. Presuda je zanimljiva po tome da daje naznake u smislu mjera koje bi Država članica morala poduzeti u određenim situacijama kako bi osigurala da stranka u stečajnom postupku ima „pravičnu mogućnost” sudjelovanja na ročištima, imajući na umu da slučaj ovog podnositelja zahtjeva treba analizirati u svjetlu njegovog činjeničnog stanja. Naime, podnositelju zahtjeva je dano uvjerenje da će biti informiran, a broj vjerovnika je bio relativno mali. Također je zanimljivo napomenuti da je ECHR uzeo u obzir činjenicu da je podnositelj zahtjeva bio starija osoba, nije znao koristiti kompjuter te nije imao pristup internetu.²⁷

2. Umjesto zaključka ili ciljno stanje

Kako se pravni instituti ne mogu uspostaviti u kratkom razdoblju, iako napori za izgradnju i njihovo funkcioniranje moraju biti permanentni i primarni, pitanje implementacije i uređenja instituta potrošačkog stečaja, kao podvrste stečaja, predstavlja jedno od aktualnijih pitanja. Ono je predmet interesa pravne teorije i sudske prakse ne samo u zemljama (post)tranzicije, već i u zemljama s tradicionalno razvijenim tržišnim gospodarstvom. Iz hrvatske perspektive, iako je potreba za implementacijom instituta stečaja potrošača sagledana odavno, a uzroci koji su to zahtijevali nisu došli naglo i neočekivano, vidljivo je kako je cijeli postupak s institucionalnog aspekta tekao dosta sporo. Štoviše, svjedoci smo kako postojeće iskustvo sa zakašnjenjem, dvojabama i raspravama u pripremi i izmjenama propisa pokazuju da je opasno za(o)stajati u problematici zaštite potrošača.²⁸ Za sada ZSP predstavlja veliki iskorak naprijed, ali ne smije se zaboraviti da sustav niti zakonski niti institucionalno nije finaliziran. Dosadašnja analiza ukazuje kako je objektivna poteškoća, ne mala, u rješavanju problema potrošačke insolventnosti činjenica vidne proturječnosti između stanja koje je zatečeno 2016. (oko 300.000,00 blokiranih građana) i realnih mogućnosti kako

27 Godišnji izvještaj za 2015. godinu Evropskog suda za ljudska prava, (2016). Vijeće Evrope, 32. i 33.

28 Doktrina naznačuje kako smo implementirali cjelokupni potrošački *acquis* EU. Vidi, Miščenić, E. (2013). Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, 4(1), 145–176. Ipak u kontekstu zaštite potrošača za sada se postavlja pitanje – je li to dovoljno, odnosno jesu li mjere *post festum* zaštite potrošača dostatne. Najočigledniji primjer je slučaj tzv. „švicarski franak“.

prave norme tako i postojećeg institucionalnog okvira koji bi trebao rješavati probleme potrošačke prezaduženosti. Dakle, problemi koji onemogućavaju učinkovitiji potrošačko stečajni postupak nisu samo oni vezani uz tekst zakona i pratećih propisa, već se nalaze u primjeni i/ili izvan samog stečajnog okvira. Stoga, iako se usvojenim propisima u domeni potrošačkog stečajnog zakonodavstva formalno ne mogu uputiti bitn(ije)e primjedbe, odsustvo kolektivne strategije za rješavanje potrošačke insolventnosti vjerojatno je uzrok da oko reforme (kroz primjenu zakona) nije bilo moguće okupiti djelotvorne reformske snage. Primjerice, Ovršni zakon je reformiran i 2017. (Narodne novine, br. 73/2017)²⁹ s tim da se planira, po navodima Ministarstva pravosuđa, raditi u potpunosti novi Zakon što je nastavak „loše“ nomotehničke prakse da se ovršno zakonodavstvo revidira gotovo svake godine (do sada 23 izmjene). Slična situacija je i sa Zakonom o parničnom postupku čije se promjene rade već dvije godine. Stoga, uslijed neučinkovitog ovršnog i parničnog postupka, dužnici/potrošači nisu imali niti imaju potrebu da se otvaranjem postupka potrošačkog stečaja „brane“ od drugih parničnih ili ovršnih postupaka. Ipak ovakvi rezultati postupka potrošačkog stečaja su i očekivani budući se i njemački model potrošačkog stečaja, koji je poslužio kao normativni uzor, i sam pokazao kao nedostatan. U temelju njegove kritike je činjenica kako je insolventni postupak za potrošače i postupak oslobađanja od preostalih dugova prezahtjevan te da nimalo ne doprinosi namirenju vjerovnika niti zaštiti dužnika koji za vrijeme otplate duga bivaju na rubu egzistencije trpeći ekonomsku i socijalnu marginalizaciju.³⁰ Dakle, postupak rješavanja potrošačke prezaduženosti putem ZSP-a, za sada, nema stvarnih rezultata. U pogledu novele ZSP-a iz 2018, iako se uočava određeni normativistički optimizam, za sada je tema suviše kompleksna da bi provocirala ambiciju davanja konačnih ili određenijih odgovora na mnoga postavljena pitanja. Stoga s praktičnog stajališta nije moguće procijeniti učinak niza legislativnih izmjena koje su implementirane.

Literatura/References

Abramović, A. (2014). Upravnosudski aspekti primjene Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 35(1), 311–322.

29 Najvažnije promjene u ovrsi na nekretnini iz Novele 2017. odnose se na: zaštitu ovršenika fizičke osobe (čl. 75, st. 5, 6, 7 i 8); posebne uvjete za određivanje ovrhe na nekretnini (čl. 80.b); odgodu ovrhe (čl. 84.a); ovršenika kao najmoprimca (čl. 127, st. 2, 3, 4 i 5) te stambeno zbrinjavanje ovršenika (čl. 131.a, 131.b i 131.c).

30 Bodul, D., Tomas Žiković, I. (2014.). Advantages and disadvantages of German consumer bankruptcy model: Guidelines for Croatian lawmaker, *Ekonomski Vjesnik / Econviews: Review of contemporary business, entrepreneurship and economic issues*, XXVII(2), 393–406.

Bodul, D. (2014). Pravni okvir za implementaciju instituta potrošačkog stečaja – I dio, *Informator*, (6247), 5–6.

Bodul, D. (2014). Pravni okvir za implementaciju instituta potrošačkog stečaja – II dio, *Informator*, (6249), 11–12.

Bodul, D., Bartulović, Ž., Matić, I., (2015). Kratka povijest potrošačkog stečaja ili još jedna nenaučena lekcija iz povijesti, *XI. Majsko savjetovanje, usluge i zaštita korisnika*, Kragujevac, 1067–1087.

Bodul, D., Tomas Žiković, I. (2014). Advantages and disadvantages of German consumer bankruptcy model: Guidelines for Croatian lawmaker, *Ekonomski Vjesnik / Econviews: Review of contemporary business, entrepreneurship and economic issues*, XXVII(2), 393–406.

Bodul, D., Vuković, A. (2012). Stečajno zakonodavstvo u tranziciji – komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 49(3), 633–661.

Bodul, D., Vuković, A. (2014). Nacrt Zakona o stečaju potrošača iz lipnja 2014. i opravdanost recepcije njemačkih rješenja, *Hrvatska pravna revija*, (9), 60–75.

Bodul, D., Vuković, A. (2014). Uz rješenja Nacrta Zakona o stečaju potrošača: prijedlozi i mišljenja, *Informator*, (6325), 9–10.

Bodul, D., Vuković, A. (2015). (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 36(1), 181–213.

Čuveljak, J. (2013). *Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi s komentarom*, III izdanje Zgombić & Partneri, Zagreb, 1-1176.

Čuveljak, J. (2015). O novom Stečajnom zakonu, *Pravo i porezi*, (7-8), 3-12. te Hercigonja, J. (ur.) (2015). *Reforma hrvatskog insolventijskog prava – novi Stečajni zakon*, Inženjerski biro, Zagreb, 1-267.

Čuveljak, J., Kružić, D. (2012). Stečajni plan – zadnja u nizu kriznih strategija za preživljavanje insolventnih korporacija, *Zbornik radova Ekonomskog fakulteta, Sveučilišta u Mostaru*, Mostar, 19–40.

Dika, M. (1998). *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1-119.

Dika, M. (2012). Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, 54, u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/2012)*, Crnić, I. (ur.), Organizator, Zagreb.

Eraković, A. (1997). *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF Plus, Zagreb, 1-257.

Garašić, J. (2007). Završna dioba u stečajnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 28(1), 1-32.

Garašić, J. (2011). Kako zakonski regulirati "osobni stečaj" u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(5), 1487-1514.

Garašić, J. (2013). Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012, u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, *Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike*, (ur. Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A.), Pravni fakultet, Zagreb, 469-493.

Godišnji izvještaj za 2015. godinu Evropskog suda za ljudska prava, (2016). Vijeće Evrope, 32. i 33.

Hrastinski Jurčec, Lj. (2007). Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, *Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb.

Izvor za navedene podatke je FINA – informacijski sustav stečaj potrošača. Podaci dostupni kod autora.

Jovanović-Zattila, M., Čolović. V. (2007). *Stečajno pravo*, Dosije, Beograd, 1-240.

Maganić, A. (2015). Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 65. No. 3-4. 409-437.

Marković N. (2014). Ovlaštenje suda u okviru instituta predstečajne nagodbe, u: Barbić, J. (ur.), *Hrvatsko insolventijsko pravo*, Zagreb, 65(3-4), (Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb) 409-437.

Pavlovih, M. (2014). Sklapanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom, *Hrvatska pravna revija*, (9), 80. *etseq.*

Marković, N., Baran, N. (2016). *Zakon o stečaju potrošača – priručnik za polaznike*, Pravosudna akademija, Zagreb, str. 38-39.

Ministarstvo pravosuđa, Nacrt prijedloga Zakona o stečaju potrošača, Zagreb, veljača, 2015, 3.

Mišćenić, E. (2013). Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, 4(1), 145-176.

Na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske (*e – Savjetovanje*).

Podatak dostupan na mrežnim stranicama: (12. 10. 2017).

Radović, V. (2006). *Individualni stečaj*, Dosje, Beograd. 1-316.

- Sajter, D. (2008). *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, Ekonomski fakultet, Osijek, 1-303.
- Sajter, D. (2007). Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj, *Ekonomski vjesnik*, (1 i 2), 31–42.
- Sajter, D., (2010). Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 47(3), 729–744.
- Schönfelder, B. (2002). Ekonomska analiza Zakona o stečaju: pregled literature, *Financijska teorija i praksa*, 26(3), 75–690.
- Šverko Grdić, Z., Radolović, J., Bagarić, L. (2009). Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, *Ekonomski pregled*, vol. 60(5-6), 250. *etseq.*
- Turkalj, K. (2016). Kako pravosuđe može dati doprinos gospodarskom rastu u Republici Hrvatskoj, *Pravo i porezi*, (4), 59. *etseq.*
- ECHR, *Zavodnik protiv Slovenije*, br. 53723/13. iz 2015.
- Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava u temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006. i 2/2010.
- Insolvenzordnung* od 5.10.1994. (*Bundesgesetzblatt*, 1994., I, 2866; posljednja izmjena *Bundesgesetzblatt*, 2011, I, 2854.
- Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/2012, 25/2013, 93/2014, 55/2016, 73/2017.
- Pravilnika o načinu i postupku provedbe prodaje nekretnina i pokretnina u ovršnom postupku, Narodne novine, br. 156/2014.
- Privremeni red stečajni „Ministarstvo pravosuđa Kraljevine Ugarske, Hrvatske i Slavonije i serbske Vojvodine s tamiškim Banatom i za veliku knježevinu Erdeljsku“ izdalo je 18. srpnja 1852. naredbu kojom donosi Privremeni stečajni red, koji će se primjenjivati od 1. rujna 1853. Sadržan u XLIII. kom. drž.-zak. lista pod br. 132. izdanom i razposlanom dne 20. srpnja 1853.
- Stečajni zakon, Narodne novine, br. 44/1996, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 82/2006, 116/2010, 25/2012. i 45/2013.
- Stečajni zakon, Narodne novine, br. 71/2015. i 104/2017.
- Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 05/2014.
- Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/2012, 144/2012, 81/2013, 112/2013, (71/2015. i 78/2015).
- Zakon o stečaju potrošača, Narodne novine, br. 100/2015. i 67/2018.

Dejan Bodul, LL.D.

*Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Rijeka, Republic of Croatia*

**TWO YEARS OF CONSUMER BANKRUPTCY ACT APPLICATION:
*Parturient montes, nascetur ridiculus mus.***

Summary

The aforementioned Horacio's saying signified a heroic venture resulting in poor outcomes. Thus, although the implementation of the Consumer Bankruptcy Act initially seemed as a "heroic" venture, on the practical and empirical level, we see that many relationships in life are subject to different laws, primarily economic, and therefore cannot be changed by adopting regulations that are contrary to these laws. Therefore, taking into account the impact that the Consumer Bankruptcy Act has on over-indebted individuals and the society as a whole, the author will analyse the results of the two-year application of this Act. For the purpose of comparing and suggesting de lege ferenda for the Serbian legislator, the analysis of the Croatian experiences and the consumer bankruptcy procedure is important because it indicates whether the potential implementation and application of such insolvency model will achieve its purpose and give (expected) results.

Keywords: *consumer bankruptcy procedure, two years of application, results analysis.*

Dr Damir Juras,*
Ministarstvo unutarnjih poslova
Republika Hrvatska, Split

Mr Senija Ledić,
Sutkinja Županijskog suda u Splitu,
Republika Hrvatska

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881171J

UDK: 349.22:331.106.44(497.5)
349.22:331.108.644.7(497.5)

Раd примљен: 02.09.2018.
Раd прихваћен: 05.12.2018.

OSOBNOSTI UVJETOVANI OTKAZ U ZAKONODAVSTVU I PRAKSI REPUBLIKE HRVATSKE

Apstrakt: U radu se daje prikaz i analiza pravnih pravila kojima se reguliraju uvjeti i postupak redovitog otkaza ugovora o radu uvjetovanog trajnim osobinama ili sposobnostima radnika u pravu Republike Hrvatske. Posebna pozornost posvećena je sudskoj praksi koja daje odgovor na brojna pitanja koja se pojavljuju u praksi, a posebno u pogledu postojanja razloga za ovu vrstu otkaza ugovora o radu. Prema stajalištu autora, zakonodavac je opravdano omogućio poslodavcima da otkazu ugovor radnicima koji ne mogu izvršavati temeljnu obvezu da obavljaju preuzete poslove, a radi zaštite radnika zakonodavac je propisao jasna pravila za postupak otkazivanja i sudsku zaštitu, te otkazivanje radnicima, kojima prijeti smanjenje radne sposobnosti ili već imaju umanjenu radnu sposobnost, uvjetovao nemogućnošću njihova zaposlenja na drugim poslovima.

Ključne riječi: osobno uvjetovani otkaz, poslodavac, prestanak radnog odnosa, radnik, ugovor radu.

* djuras@mup.hr; Damir.Juras@xnet.hr
sledic@yahoo.com (Autori u tekstu iznose osobna stajališta)

1. Uvod

Radni odnos, koji se zasniva ugovorom o radu¹, može prestati samo na zakonom propisani način². Otkaz, kao način prestanka radnog odnosa, može biti redoviti i izvanredan³.

U ovom radu daje se opis i analiza pravne regulative koja regulira uvjete i postupak davanja redovitog otkaza ugovora o radu ako radnik nije u mogućnosti uredno izvršavati svoje obveze iz radnog odnosa zbog određenih trajnih osobina ili sposobnosti (osobno uvjetovano otkaz), te pravnu zaštitu protiv navedene odluke. Uz pojedine pravne institute i stavove pravne teorije, navode se stajališta sudske prakse koja imaju značajnu ulogu u postizanju određenog stupnja pravne sigurnosti, jer poslodavci moraju u svakom pojedinačnom slučaju prosuđivati postoji li razlog za otkaz. U tom smislu, posebnu važnost imaju odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske, čija uloga je da razmatra aktuelna pitanja sudske prakse i osigurava jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni.⁴

2. Zabrana otkazivanja ugovora o radu

Zakonodavac je zaštitio određene kategorije radnika, pa poslodavac ne može otkazati ugovor o radu za vrijeme trudnoće, korištenja poroditeljskog, roditeljskog, posvojiteljskog dopusta, rada s polovinom punog radnog vremena, rada s polovinom punog radnog vremena radi pojačane brige i njege djeteta, dopusta trudnice ili majke koja doji dijete, te dopusta ili rada s polovicom punog radnog vremena radi brige i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju, odnosno u roku od petnaest dana od prestanka trudnoće ili prestanka korištenja tih prava, a otkaz ne može dati ni radniku koji je pretrpio ozljedu na radu ili je obolio od profesionalne bolesti, za vrijeme privremene nesposobnosti za rad tijekom liječenja ili oporavka od ozljede na radu ili profesionalne bolesti⁵.

1 Čl. 10, st. 1 Zakona o radu (u daljnjem tekstu: ZR), *Narodne novine* (u daljnjem tekstu: NN) 93/14, 121/17.

2 Čl. 112 ZR-a; „5. 2. (...) pod pravom na rad i slobodu rada podrazumijeva se i pravo pojedinca da mu radni odnos ne prestane na način suprotan od onog utvrđenog mjerodavnim zakonom“; Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-3573-2013 od 15. 2. 2018; Pravo na rad i slobodu rada zajamčeno je čl. 54 Ustava Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14 (u daljnjem tekstu: Ustav RH).

3 Čl. 115 i 116 ZR-a.

4 Čl. 119, st. 1 Ustava RH i čl. 20 Zakona o sudovima, NN 28/13, 33/15, 82/15, 82/16.

5 Čl. 34 i 38 ZR-a.

3. Pretpostavke osobno uvjetovanog otkaza

Temeljne obveze radnika iz radnog odnosa su osobno obavljanje preuzetog posla prema uputama koje poslodavac daje u skladu s naravi i vrstom rada, te pridržavanje odredbi zakona i podzakonskih propisa⁶.

Osobno uvjetovani otkaz omogućuje poslodavcu da od sebe otkloni štetne posljedice vezanosti ugovorom o radu u slučaju kada radnik, bez svoje krivnje⁷, ne može uredno izvršavati obveze iz radnog odnosa (Potočnjak, 2007: 385). Riječ je o situaciji kada radnik želi ispunjavati svoje radne obveze, ali to nije u mogućnosti zbog određenih trajnih osobina ili sposobnosti. Međutim, ako je neispunjavanje radnih obveza posljedica negativnoga subjektivnog stajališta radnika, jer on ne želi ispunjavati svoje radne obveze, tada nema uvjeta za osobno uvjetovani otkaz, već poslodavac može radniku dati otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika (Bego, 2015: 55).

Nemogućnost urednog izvršenja obveza, kao pretpostavka osobno uvjetovanog otkaza ugovora o radu, mora biti uzrokovana trajnim osobinama (psihički i fizički nedostaci, bolest trajnog karaktera) ili sposobnostima (nedostatak potrebnog znanja, netočnost, neuredno izvršavanje posla, neažurnost i sl. (Zlatović, Malenica, 2013: 330). Zapravo, radi se o nesposobnosti za obavljanje obveza iz radnog odnosa (Knežević, 2014: 170).

Relevantne su one osobine i sposobnosti koje radnik ima u trenutku dostave otkaza, kao i one koje će trajno imati u budućnosti. Pojam trajnosti treba shvatiti u relativnom smislu, kao prognozu sposobnosti i osobina radnika ograničenu na određeno buduće razdoblje (Laleta, 2011: 166), odnosno privremena, kratkotrajna i promjenjiva nemogućnost obavljanja rada upravo radi takvih osobina ili sposobnosti ne bi bila dopuštena osnova za osobno uvjetovano otkazivanje (Pezo, 2006: 20). U vezi sa određivanjem trajnosti oboljenja treba uzeti u obzir praktički uvedenu presumpciju po kojoj se nakon 12 mjeseci neprekidnog bolovanja radi o trajnom stanju te je liječnik dužan radnika uputiti na ocjenu radne sposobnosti i invalidnosti⁸.

Trajne osobine mogu se sastojati u psihičkim, fizičkim ili psihofizičkim nedostacima radnika. Najčešće su to bolesti (koje radnika onemogućavaju da izvršava svoje obveze, odnosno koje dovode do gubitka ili ograničenja njegove radne

6 Čl. 7, st. 1 i čl. 8, st. 1 ZR-a.

7 Prema članu 1049 Zakona o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, krivnja postoji kada je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom.

8 Čl. 48, st. 2 Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN 80/13, 137/13.

sposobnosti)⁹, a to može biti i narav (priroda) radnika (koja ga onemogućava da kvalitetno obavlja preuzeti posao)¹⁰. Bolest može biti posljedica ozljede na radu, profesionalno oboljenje¹¹ ili biti potpuno neovisna o radnom mjestu.

Nedostatak sposobnosti najčešće predstavlja nedostatak potrebnog znanja koje se traži za obavljanje određenog posla, pa radnik, usprkos svome zalaganju, zbog toga ne ostvaruje potrebne radne rezultate (Bego, 2012.,173), odnosno radnik neskrivljeno ne ostvaruje rezultate rada kao ostali radnici koji rade na sličnim ili istim poslovima (Ruždjak, 2005: 315). Prilikom dokazivanja da radnik nije sposoban pravodobno, kvalitetno i stručno obaviti svoj posao, ne dokazuje se da je radnik kriv, nego se dokazuje nesposobnost za obavljanje posla odnosno radnikova nestručnost, nesposobnost da se radni zadatak obavi na vrijeme i nekvaliteta obavljenog rada (Plazonić, 2008: 1021), pa sama činjenica da radnik posjeduje formalno stručno obrazovanje za obavljanje određenog posla ne dokazuje nepobitno da radnik zaista posjeduje znanje koje je potrebno za kvalitetan rad kojim bi ostvario propisane radne rezultate (Majstorović, 2009: 849). Nedostatak sposobnosti može se odnositi i na određene fizičke sposobnosti zbog kojih radnik ne može obavljati teže fizičke poslove, što se ne može podvesti pod bolest. Nedostatak sposobnosti može biti i nedovoljna zainteresiranost za posao, odnosno neurednost i netočnost (Crnić, 2013: 40).

U sudskoj praksi su, primjerice, kao razlozi za osobno uvjetovani otkaz, prihvaćeni odnosno potvrđeni: nedostatak potrebnog znanja, sporost i neurednost¹²,

9 Pojmovi odnosno uvjeti za određivanje smanjene ili preostale radne sposobnosti te djelomičnog ili potpunog gubitka radne sposobnosti, kao i pravo na određivanje invalidske mirovine, regulirani su čl. 39 i 56 Zakona o mirovinskom osiguranju, *NN* 157/13, 151/14, 33/15, 93/15, 120/16, 16/18, 62/18. Bitno je istaći da je samo dostava pravomoćnog rješenja o priznavanju prava na invalidsku mirovinu zbog potpunog gubitka radne sposobnosti, pravni temelj za prestanak ugovora o radu (čl. 112, st. 1, t. 65 ZR-a.).

10 „(...) odluka o otkazu ugovora o radu donesena zbog osobno uvjetovanih razloga. To stoga jer je u postupku utvrđeno da je podnositeljica radila na radnom mjestu trgovca specifičnih proizvoda, TV, videa, linija i drugih tehničkih proizvoda. Nadalje utvrđeno je da te poslove nije mogla uspješno obavljati, jer za iste nije imala potrebne sposobnosti, budući da je bila stidljiva, nije s kupcem znala uspostaviti potreban kontakt i sugerirati mu kupnju određenog proizvoda i sl.“, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-224/2003 od 12. 1. 2006.

11 Profesionalne bolesti su određene bolesti izazvane dužim neposrednim utjecajem procesa rada i uvjeta rada na određenim poslovima (čl. 43. st. 1. Zakona o mirovinskom osiguranju). Popis navedenih bolesti utvrđen je Zakonom o listi profesionalnih bolesti, *NN* 162/98, 107/07.

12 VSH, Revr-847/12-2 od 22. 1. 2018.; VSH, Revr-349/09-2 od 10. 12. 2009.; „Opravdani razlog za osobno uvjetovani otkaz ugovora o radu, zaključenog na određeno vrijeme do završetka programa specijalizacije iz anesteziologije, reanimatologije i intenzivnog liječenja, čini i okolnost da je tužiteljici kao radnici prestalo pravo na specijalističko usavršavanje utvrđeno programom specijalizacije jer je konačnim rješenjem nadležnog ministarstva utvrđeno da njezina razina znanja i vještina zaostaje za razinom koja je potrebna za uspješno provođenje

neusvajanje nove tehnologije poslovanja i ograničenje radne sposobnosti zbog bolesti, uz isključenje rada sa strankama¹³, učestala bolovanja koja su utjecala na normalno odvijanje procesa rada¹⁴, utvrđena invalidnost (trajna promjena zdravstvenog stanja) koja onemogućuje radnika da obavlja poslove za koje je zaključen ugovor o radu¹⁵, drsko i bahato odbijanje ispravljanja pogrešaka, na koje je radniku ukazano i koje su, radi toga, ispravljali drugi radnici¹⁶, maltretiranje podređenih radnika, što je dovelo do poremećenih međuljudskih odnosa, te otežane suradnje i komunikacije.¹⁷

U sudskoj praksi, primjerice, kao razlozi za osobno uvjetovani otkaz nisu prihvaćeni: okolnost da poslodavcu nisu odobrene mjere državnih poticaja za zapošljavanje¹⁸ i činjenica (sama za sebe) da je poslovnica, koju je vodila osoba koja je dobila otkaz, ostvarila negativne rezultate.¹⁹

plana i programa specijalizacije, pri čemu su prisutne i poteškoće u komunikaciji.“, Županijski sud u Splitu, Gž R-146/17 od 16. 2. 2017.

13 VSRH, Revr-294/08-02 od 09. 07. 2008.

14 „Imajući na umu okolnosti konkretnog slučaja – da su učestali izostanci s posla tužiteljice zbog bolesti utjecali na normalno odvijanje procesa rada, da tužiteljica zbog nepoznavanja rada na kompjutoru nije mogla više izvršavati svoje radne zadatke na poslovima administracije, a po povratku na rad nakon bolovanja nije pokazala volju i znanje da želi raditi kako je to zahtijevao proces rada te je u izvršavanju radnih zadataka griješila i nije ostvarila potrebne rezultate rada – ovaj sud prihvaća zaključak nižestupanijskih sudova da su ispunjene pretpostavke iz čl. 106, st. 1, odjeljak 2 ZR za redoviti otkaz ugovora o radu tužiteljici zbog osobno uvjetovanih razloga (osobno uvjetovani otkaz) zbog čega je odluka tuženika o otkazu ugovora o radu pravilna i zakonita. Pritom, na navode tužiteljice da izostanak s posla zbog bolesti ne može biti razlog za otkaz, treba reći da je odredbom čl. 108, st. 1 ZR propisano da privremena nenazočnost na radu zbog bolesti ili ozljede nije opravdan razlog za otkaz. Međutim, u konkretnom slučaju tužiteljici nije dan otkaz zbog izostanka s posla zbog bolesti, već, između ostalog, zbog toga što je tužiteljica učestalo izostajala s posla zbog kratkih nesposobnosti za rad, koji su utjecali na proces rada tako da poslodavac nije mogao organizirati rad na uobičajeni način, nego je morao druge radnike uvoditi u posao koji je inače obavljala tužiteljica.“, VSH, Revr-1736/10 od 12. 1. 2011.

15 VSH, Revr-880/13-2 od 27. 09. 2016.; VSH, Revr-1092/10-2 od 06. 04. 2011., VSH, Revr-1782/11-2 od 4. 7. 2012.; „U sadašnjim uvjetima u gospodarstvu, a radi ekonomski uspješnijeg poslovanja i opstanka na tržištu, poslodavac ima pravo očekivati i tražiti od svakog radnika da izvršava ono na što se ugovorom o radu obvezao, slijedom čega mu valja priznati i pravo da (...) otkáže ugovor o radu s radnikom koji zbog trajne zdravstvene nesposobnosti nije u mogućnosti izvršavati ugovorom preuzete obveze.“, VSH, Revr-1338/10-2 od 22. 12. 2010.

16 VSRH, Revr-420/12 od 10. 9. 2013.

17 Županijski sud u Splitu, Gž R-45/18 od 18. 1. 2018.

18 Županijski sud u Rijeci, Gž R-573/17 od 16. 5. 2018.

19 Županijski sud u Splitu, Gž R-1103/17 od 10. 5. 2018.

Za razliku od prijašnjeg zakonskog rješenja²⁰, zakonodavac davanje osobno uvjetovanog otkaza ne uvjete nemogućnošću zaposlenja radnika na nekim drugim poslovima²¹, osim ako kod radnika postoji smanjenje radne sposobnosti uz preostalu radnu sposobnost, smanjenje radne sposobnosti uz djelomični gubitak radne sposobnosti ili neposredna opasnost od nastanka smanjenja radne sposobnosti koju je utvrdilo ovlašteno tijelo u skladu s posebnim propisom, u kojem slučaju je poslodavac dužan, uzimajući u obzir nalaz i mišljenje toga tijela, ponuditi radniku sklapanje ugovora o radu za obavljanje poslova za koje je radno sposoban, koji moraju, što je više moguće odgovarati poslovima na kojima je radnik prethodno radio. Radi osiguranja navedenih poslova, poslodavac je dužan prilagoditi poslove sposobnostima radnika, izmijeniti raspored radnog vremena, odnosno poduzeti druge mjere da radniku osigura odgovarajuće poslove. Ako je poslodavac poduzeo sve navedene mjere, a ne može radniku osigurati odgovarajuće poslove, odnosno ako je radnik odbio ponudu za sklapanje ugovora o radu za obavljanje poslova koji odgovaraju njegovim sposobnostima u skladu s nalazom i mišljenjem ovlaštenog tijela, poslodavac radniku može otkazati ugovor o radu uz suglasnost radničkog vijeća. U sporu između poslodavca i radnika, samo je doktor specijalist medicine rada nadležan ocijeniti jesu li ponuđeni poslovi odgovarajući. Ako radničko vijeće uskrati suglasnost na otkaz radniku, poslodavac može zahtjevati da traženu suglasnost nadomjesti sudska ili arbitražna odluka.²²

Poslodavac koji uputi radnika na rad u inozemstvo, u trgovačko društvo ili drugo poduzeće u vlasništvu toga poslodavca, dužan je radniku, ako je ugovor o radu koji je taj radnik sklopio s inozemnim trgovačkim društvom ili poduzećem otkazan iz poslovno ili osobno uvjetovanih razloga, naknaditi troškove preseljenja i osigurati mu odgovarajuće zaposlenje u zemlji²³.

Ugovor o radu sklopljen na određeno vrijeme može se redovito otkazati samo ako je takva mogućnost otkazivanja predviđena ugovorom²⁴.

Ako bi radnik uslijed odluke ovlaštenog tijela izgubio mogućnost daljnjeg obavljanja svoje radne obveze (primjerice, profesionalnom vozaču oduzeta je vozačka dozvola), tada nije riječ o nedostatku znanja i nije ispunjen uvjet za osobno

20 Čl. 107, st. 2 Zakona o radu, NN 149/09.

21 „U svrhu ubrzanja postupka restrukturiranja poslodavca omogućeno je poslodavcu da otkáže ugovor o radu radniku zbog poslovno ili osobno uvjetovanih razloga bez obzira na okolnost može li ili ne radnika zaposliti na drugim poslovima, odnosno neovisno o tome može li ili ne radnika obrazovati ili osposobiti za rad na nekim drugim poslovima.“, Konačan prijedlog Zakona o radu, P. Z. E. br. 606, <http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-ogradu-drugo-citanje-pze->, 7. 6. 2018.

22 Čl. 41 ZR-a u vezi čl. 151, st. 4 ZR-a.

23 Čl. 129, st. 1 ZR-a.

24 Čl. 118 ZR-a.

uvjetovani otkaz, već se radi o osobito bitnoj činjenici zbog koje, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obiju stranaka, nastavak radnog odnosa nije moguć, što predstavlja osnovu za izvanredni otkaz ugovora o radu.²⁵

4. Postupak prije otkazivanja ugovora o radu

Prije otkazivanja ugovora o radu, poslodavac se mora savjetovati s radničkim vijećem²⁶ o namjeravanoj odluci te mora radničkom vijeću dostaviti podatke važne za donošenje odluke i sagledavanje njezina utjecaja na položaj radnika. Ako se radničko vijeće u propisanom roku od 8 dana ne očituje o namjeravanoj odluci, smatra se da nema primjedbi i prijedloga. Radničko vijeće se može protiviti otkazu ako poslodavac nema opravdani razlog za otkaz ili ako nije proveden postupak otkazivanja predviđen ZR-om. Radničko vijeće mora obrazložiti svoje protivljenje odluci poslodavca. Odluka poslodavca donesena protivno odredbama ZR-a o obavezi savjetovanja s radničkim vijećem je ništavna²⁷, a povlači za sobom i odgovornost za teži prekršaj iz radnog odnosa.²⁸ Radi izbjegavanja nesporazuma odnosno otklanjanja prigovora u sudskom sporu, bilo bi korisno da namjeru otkazivanja ugovora o radu zbog određenih trajnih osobina ili sposobnosti radnika poslodavac dostavi radničkom vijeću kao pisani nacrt otkaza s obrazloženjem (Potočnjak, 2007: 440). Za propuštanje obveze obrazlaganja odluke o protivljenju nije propisana sankcija u ZR-u, pa se radi samo o instruktivnoj obavezi. Poslodavac razloge protivljenja radničkog vijeća ne mora prihvatiti, ali razloge njihova neprihvatanja mora obrazložiti. Poslodavac ne smije donijeti odluku prije dobivanja odgovora radničkog vijeća ili prije isteka roka za njegovu dostavu. Dakle, da bi otkaz bio pravno valjan, poslodavac mora samo zatražiti pismenu suglasnost radničkog vijeća, budući da odlukom radničkog vijeća nije vezan (Bego, 2014: 40).

Poslodavac može samo uz prethodnu suglasnost radničkog vijeća donijeti odluku o: 1. otkazu članu radničkog vijeća, 2. otkazu kandidatu za člana radničkog vijeća koji nije izabran, u razdoblju od tri mjeseca nakon utvrđenih konačnih rezultata izbora, 3. otkazu radniku kod kojeg je zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti došlo do smanjenja radne sposobnosti uz preostalu radnu sposobnost ili do smanjenja radne sposobnosti uz djelomični gubitak radne sposobnosti, odnosno otkazu radniku osobi s invaliditetom, 4. otkazu radniku starijem od šezdeset godina, 5. otkazu predstavniku radnika u organu poslodavca. Poslo-

25 Čl. 116 ZR-a.

26 Ovu obvezu poslodavac nema ako prema ZR-u radničko vijeće nije osnovano (čl. 140, 141 ZR-a).

27 Čl. 150 ZR-a.

28 Čl. 22, st. 1, t. 28 ZR-a.

vac iznimno može, bez prethodne suglasnosti radničkog vijeća, donijeti odluku ako se njome rješava o pravima radnika koji je ujedno i sindikalni povjerenik koji uživa sindikalni imunitet. Ako se radničko vijeće u roku od osam dana ne izjasni o davanju ili uskrati suglasnosti, smatra se da je suglasno s odlukom poslodavca. Ako radničko vijeće uskrati suglasnost, uskrata mora biti pisano obrazložena, a poslodavac može u roku od petnaest dana od dana dostave izjave o uskrati suglasnosti tražiti da tu suglasnost nadomjesti arbitražna odluka²⁹. Propust poslodavca da ishodi prethodnu suglasnost radničkog vijeća ima za posljedicu ništavnost otkaza ugovora o radu. Pribavljanje suglasnosti radničkog vijeća nakon danog otkaza ne konvalidira ništavnu odluku poslodavca. Radničko vijeće ne mora obrazložiti odluku o davanju suglasnosti. Otkaz bi bio ništavan i ako bi radničko vijeće dalo prethodnu suglasnost, a otkaz se temeljio na drugim činjenicama ili razlozima, a ne na onima koji su predloženi radničkom vijeću.

Sindikalnom povjereniku za vrijeme obavljanja te dužnosti i šest mjeseci nakon prestanka te dužnosti, a bez suglasnosti sindikata, nije moguće otkazati ugovor o radu³⁰. Ako se sindikat u roku od osam dana ne izjasni o davanju ili uskrati suglasnosti, smatra se da je suglasan s odlukom poslodavca. Ako sindikat uskrati suglasnost na otkaz, uskrata mora biti pisano obrazložena, a poslodavac može u roku od petnaest dana od dana dostave očitovanja sindikata zatražiti da suglasnost nadomjesti arbitražna odluka. Navedenu zaštitu uživa najmanje jedan sindikalni povjerenik, a najveći broj sindikalnih povjerenika koji kod određenog poslodavca uživaju zaštitu određuje se odgovarajućom primjenom odredbi ZR-a o broju članova radničkog vijeća u odnosu na broj sindikalno organiziranih radnika kod toga poslodavca³¹. Ova zakonska odredba ima zaštitni (i antidiskriminacijski) karakter, jer štiti sindikalne povjerenike od šikaniranja poslodavaca u vezi s njihovim angažovanjem u (određenom) sindikatu čiji su članovi, stoga se prethodna suglasnost mora zatražiti upravo od sindikata kojeg je sindikalni povjerenik član, to tim više jer je jasno da sindikati štite svoje članove i svoje sindikalne povjerenike.

29 Čl. 151, st. 1–4 ZR-a. Izbor arbitara i provedba arbitraže detaljnije su uređeni Pravilnikom o načinu izbora arbitra i provođenju postupka arbitraže u postupcima nadomještanja suglasnosti, NN 37/16.

30 „Otkaz ugovora o radu sindikalnom povjereniku dopušten je samo uz suodlučivanje sa sindikatom, i to tako da uskrata suglasnosti sindikata na otkaz onemogućuje donošenje valjane odluke o otkazu. Isto iz razloga što poslodavac i sindikat moraju biti suglasni (s time da tu suglasnost može nadomjestiti odluka suda) da poslodavac ima opravdani razlog za otkaz ugovora o radu“. Županijski sud u Rijeci, Gž R-209/15 od 1. 3. 2017.

31 Čl. 188 u svezi čl. 142 ZR-a.

5. Oblik, obrazloženje i dostava odluke o otkazu

Otkaz mora biti u pisanom obliku, a poslodavac mora dati i obrazloženje takvog otkaza³². Otkaz koji nema pisani oblik je ništavan³³, a poslodavac takvim postupkom čini najteži prekršaj.³⁴ U obrazloženju poslodavac je dužan navesti sve one okolnosti i činjenice koje ukazuju da postoje opravdani razlozi za otkaz³⁵, kao i činjenice koje ukazuju da je sproveden propisani postupak za otkazivanje (Ruždjak, 2001: 139). Obrazloženje otkaza je važno jer sud razmatra opravdanost otkaznih razloga samo u okviru onoga što je o tome navedeno u pisanom otkazu³⁶, a ugovorna stranka svoja prava pred sudom može da štiti samo ako zna radi kojih okolnosti i na temelju kojih dokaza je dat otkaz.

Otkaz se mora dostaviti osobi kojoj se otkazuje.³⁷

ZR nije propisao da odluka o otkazu mora imati i pouku o pravnom lijeku ili pouku o mogućnosti ulaganja zahtjeva za zaštitu prava, pa izostanak takve pouke nema za posljedicu ništavost odluke o otkazu. Naime, prihvatanjem stava da otkaz mora sadržavati i uputu o pravnom lijeku nametalo bi strankama obvezu koja nije izrijekom propisana ZR-om. Ako bi pravilnikom o radu ili kolektivnim ugovorom bila propisana obveza poslodavca o davanju upute na pisanu odluku, tada bi poslodavac bio dužan poštivati takvu odredbu i dati točnu uputu.

32 Čl. 120, st. 1 i 2 ZR-a.

33 Čl. 322 ZOO-a

34 Čl. 229, st. 1, t. 35 ZR-a.

35 „U ovom sporu su sudovi zaključili da tuženik u odluci o otkazu osim pukog navođenja da tužiteljici otkazuje ugovor o radu zbog nemogućnosti izvršavanja njenih radnih obveza iz radnog odnosa, nije naveo konkretne razloge otkazivanja i obrazloženje u čemu se sastoji nemogućnost tužiteljice, pri čemu i sam tuženik u odluci kojom odbija zahtjev za zaštitu prava navodi da nije potrebno niti moguće specificirati na koji način je tužiteljica trebala obavljati svoje zadatke, u kojem dijelu i na koji način ih nije obavljala na uredan način. Sudovi su zaključili da tuženik niti tijekom postupka nije dokazao u čemu bi se sastojala odnosno manifestirala nemogućnost tužiteljice u obavljanju njenih radnih zadataka a posljedično tome da nije uspio dokazati da za otkaz imao opravdan razlog. Tuženik vlastitom ocjenom dokaza i iznošenjem vlastitih pravnih shvaćanja u reviziji, nije uspio dovesti u sumnju pravilnost zaključka nižestupanijskih sudova da tuženik tijekom postupka otkazivanja nije obrazložio a niti je tijekom sudskog postupka dokazao postojanje opravdanih razloga za osobno uvjetovani otkaz ugovora o radu tužiteljice, a što je bio dužan (...)“ VSRH, Revr-963/14 od 30. 6. 2015.

36 „Prema stajalištu ovoga suda, sud u postupku ispituje zakonitost odluke o otkazu sukladno razlozima navedenim u toj odluci pa su za ocjenu dopuštenosti odluke o otkazu mjerodavni razlozi navedeni u obrazloženju odluke.“, Županijski sud u Rijeci, Gž R-11/16 od 28.11.2017.

37 Čl. 120. st. 3. ZR-a.

6. Otkazni rok i godišnji odmor

Institut otkaznog roka ima zaštitnu funkciju, kako za radnika, tako i za poslodavca, jer odgađa učinke redovitog otkaza kroz određeno vremensko razdoblje, a za to vrijeme radnik ima mogućnost pronaći novo zaposlenje, odnosno poslodavac može zaposliti novog radnika (Sever, 2008: 8).

Otkazni rok počinje teći danom dostave otkaza ugovora o radu³⁸. Otkazni rok je određen u trajanju od dva tjedna (ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno manje od jedne godine) do tri mjeseca (ako je radnik u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo neprekidno dvadeset godina, pri čemu se radniku se povećava za dva tjedna ako je navršio pedeset godina života, a za mjesec dana ako je navršio pedeset i pet godina života)³⁹.

Ako se radnik i poslodavac dogovore da radnik neće iskoristiti godišnji odmor, tada poslodavac radniku ima obvezu isplatiti naknadu umjesto korištenja godišnjeg odmora.⁴⁰

7. Ostvarivanje zaštite u slučaju nedopuštenog otkaza

U sudskom postupku teret dokazivanja razloga i uvjeta za redoviti otkaz snosi poslodavac.⁴¹ Ako sud utvrdi da otkaz poslodavca nije dopušten i da radni odnos nije prestao, naložit će vraćanje radnika na posao. Radnik koji osporava dopuštenost otkaza može tražiti da sud privremeno, do okončanja spora, naloži njegovo vraćanje na posao⁴².

38 Čl. 121. st. 1. ZR-a. Otkazni rok ne teče za vrijeme trudnoće, korištenja roditeljskog, roditeljskog, posvojiteljskog dopusta, rada s polovicom punog radnog vremena, rada u skraćenom radnom vremenu zbog pojačane njege djeteta, dopusta trudnice ili majke koja doji dijete, te dopusta ili rada u skraćenom radnom vremenu radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju prema posebnom propisu te za vrijeme privremene nesposobnosti za rad tijekom liječenja ili oporavka od ozljede na radu ili profesionalne bolesti, te vršenja dužnosti i prava državljana u obrani. Otkazni rok ne teče za vrijeme privremene nesposobnosti za rad. Ako je došlo do prekida tijekom otkaznog roka zbog privremene nesposobnosti za rad radnika, radni odnos tom radniku prestaje najkasnije istekom šest mjeseci od dana uručenja odluke o otkazu ugovora o radu. Otkazni rok teče za vrijeme godišnjeg odmora, plaćenog dopusta te razdoblja privremene nesposobnost za rad radnika kojeg je poslodavac u otkaznom roku oslobodio obveze rada, osim ako kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu nije drukčije uređeno (čl. 121. st. 2.-5. ZR-a).

39 Čl. 122, st. 1–2 ZR-a. Radniku koji je tijekom otkaznog roka oslobođen obveze rada, poslodavac je dužan isplatiti naknadu plaće i priznati sva ostala prava kao da je radio do isteka otkaznog roka. Za vrijeme otkaznog roka radnik ima pravo uz naknadu plaće biti odsutan s rada najmanje četiri sata tjedno radi traženja novog zaposlenja (čl. 122, st. 4–5 ZR-a).

40 Čl. 82, st. 1 ZR-a.

41 Čl. 135, st. 3 ZR-a.

42 Čl. 124 ZR-a.

Ako sud utvrdi da otkaz poslodavca nije dopušten, a radniku nije prihvatljivo nastaviti radni odnos, sud će na zahtjev radnika odrediti dan prestanka radnog odnosa i dosuditi mu naknadu štete u iznosu od najmanje tri, a najviše osam propisanih ili ugovorenih mjesečnih plaća toga radnika, ovisno o trajanju radnoga odnosa, starosti te obvezama uzdržavanja koje terete radnika. Navedenu odluku sud može donijeti i na zahtjev poslodavca, ako postoje okolnosti koje opravdano upućuju na to da nastavak radnog odnosa, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obiju ugovornih stranaka, nije moguć. U slučaju da se radnik zaposlio nakon redovitog otkaza, a prije donošenja sudske odluke o nedopuštenosti otkaza, kao dan prestanka radnog odnosa sudskom odlukom bi se mogao odrediti dan koji je prethodio danu kad se radnik zaposlio kod drugog poslodavca⁴³. Poslodavac i radnik mogu zahtjev za prestanak ugovora o radu, na opisani način, podnijeti do zaključenja glavne rasprave pred sudom prvog stupnja⁴⁴.

8. Otpremnina

Radnik kojem poslodavac otkazuje nakon dvije godine neprekidnog rada, ima pravo na otpremninu u iznosu koji se određuje s obzirom na dužinu prethodnog neprekidnog trajanja radnog odnosa s tim poslodavcem. Otpremnina se ne smije ugovoriti, odnosno odrediti u iznosu manjem od jedne trećine prosječne mjesečne plaće koju je radnik ostvario u tri mjeseca prije prestanka ugovora o radu, za svaku navršenu godinu rada kod toga poslodavca. Ako zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu nije određeno drukčije, ukupan iznos otpremnine ne može biti veći od šest prosječnih mjesečnih plaća koje je radnik ostvario u tri mjeseca prije prestanka ugovora o radu⁴⁵.

9. Zaključak

Zakonodavac je opravdano omogućio poslodavcima da otkazu ugovor o radu radniku koji zbog svojih trajnih osobina ili sposobnosti ne mogu izvršavati temeljnu obvezu iz radnog odnosa, odnosno ne mogu obavljati poslove radi kojih su ugovori o radu sklopljeni.

43 „Također, ustavnopravno prihvatljivim Ustavni sud smatra i stajalište drugostupanjskog suda, koje je potvrđeno osporenom presudom, da se kao dan sudskog raskida utvrđuje 4. travnja 2008, kao dan prije sklapanja novog ugovora o radu kod novog poslodavca. Ustavni sud je utvrdio da je Vrhovni sud u brojnim pravno i činjenično sličnim predmetima (kada zaposlenik zasnjuje novi radni odnos prije zaključenja glavna rasprave) kao prestanak radnog odnosa odredio dan kada je zaposlenik zasnovao novi radni odnos.“, Ustavni sud RH, U-III-3573/2013 od 15. 2. 2018.

44 Čl. 125 ZR-a.

45 Čl. 126 ZR-a.

Iako je liberalizirao uvjete za osobno uvjetovani otkaz time da se ova vrsta otkaza ne uvjetuje nemogućnošću pronalaska drugog posla (radnog mjesta) za radnika, zakonodavac je za određenu kategoriju posebno ugroženih radnika (kod kojih prijeti ili je nastalo smanjenje radne sposobnosti) zadržao uvjet da im poslodavac prethodno mora ponuditi drugi posao odgovarajući njihovim sposobnostima.

Za primjenu instituta osobno uvjetovanog otkaza, a budući da sve slučajeve opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu u praksi nije moguće zakonom primjerično ni taksativno propisati, od velike je važnosti kakva stajališta zauzima sudska praksa, koju poslodavci moraju pratiti i uvažavati kod ove vrste redovitog otkaza ugovora o radu.

Literatura/References

Bego, T. (2012). Osobno uvjetovani otkaz ugovora o radu. *Računovodstvo, revizija i financije*. 3 (XXII). 172–176.

Bego, T. (2014). Odnos između poslovno i osobno uvjetovanog otkaza ugovora o radu. *Radno pravo*, 2 (XI). 37–41.

Bego, T. (2015). Osobno uvjetovani otkaz u praksi. *Radno pravo*. 11 (XII). 55–58.

Crnić, I. (2013). *Otkaz ugovora o radu*, Zagreb: Organizator.

Knežević, N. (2014). Osobno uvjetovani razlozi za otkaz, sudski raskid i plaćanje doprinosna. *Računovodstvo, revizija i financije*. 10 (XXIV). 169–171.

Konačan prijedlog Zakona o radu, P. Z. E. br. 606, preuzeto 7. 6. 2018. sa <http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-o-radu-drugo-citanje-pze->

Laleta S. (2011). *Prestanak ugovora o radu*, doktorska disertacija, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Majstorović, D. (2009). Osobno uvjetovani otkaz ugovora o radu. (43). 847–858.

Pezo I. (2006). *Razlozi za otkaz ugovora o radu kroz sudsku praksu*, Zagreb: Rosip.

Plazonić, K. (2008). Osobno uvjetovani otkaz zbog radne nesposobnosti za obavljanje poslova radnog mjesta iz razloga nestručnosti i nekvalitete obavljenog posla. *Pravo u gospodarstvu*. 5 (42). 1018–1040.

Potočnjak, Ž. (2007). Prestanak ugovora o radu, u Ž. Potočnjak (urednik), *Radni odnosi u Pravilnik o načinu izbora arbitra i provođenju postupka arbitraže u postupcima nadomještanja suglasnosti*, *Narodne novine*. Br. 37 (2016).

Ruždjak M. (2001). Prestanak ugovora o radu, u: Š. Guzić i M. Paić-Ćirić (urednici), *Zakon o radu*, Zagreb: ТЕБ, str. 132–186.

Ruždjak, M. (2005.). *Zakon o radu*, Zagreb: Poslovni zbornik.

Zlatović, D., Malenica, I. (2013). *Novo hrvatsko radno pravo*, Rijeka: Libertin naklada.

Sever, D. (2008). Otkazni rok – tijek i zaštita prava, *Informator*. 5708 (56). 8

Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*. Br. 56 (1990), 135 (1997), 113 (2000), 28 (2001), 76 (2010), 5 (2014).

Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-224/2003 od 12. 1. 2006, preuzeto 3. 7. 2018. sa <https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Praksa/C12570D30061CE53C12570F9002AC350?OpenDocument>.

Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-3573/2013 od 15. 2. 2018, preuzeto 7. 6. 2018. sa

<https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Novosti0/C12570D30061CE54C12582350050C513?OpenDocument>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr294/08-02 od 9. 7. 2008, preuzeto 4. 7. 2018. sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba8055df80>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr349/09-2 od 10. 12. 2009, preuzeto 4. 7. 2018. sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba8057e586>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr 338/10-2 od 22. 12. 2010, preuzeto 4. 7. 2018. sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionText?id=090216ba8059a0ea&q=redoviti+otkaz+osobno+uvjetovani>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr1736/10 od 12. 1. 2011, preuzeto 4. 7. 2018. sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba8059e08e>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr1092/10-2 od 6. 4. 2011, preuzeto 4. 7. 2018. sa

<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba805a1888>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr1782/11-2 od 4. 7. 2012, preuzeto 4. 7. 2018. sa

<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba805c306a>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr-420/12 od 10. 9. 2013, preuzeto 25. 9. 2018. sa: http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=VSRH2012IKrB420A4&Doc=VRHSUD_HR.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr-963/14 od 30. 6. 2015, izvorno (pravomoćne presude koje nisu javno publicirane, a od strane autora su pregledane u sudskim spisima, navedene su u ovom radu kao izvorne).

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr880/13-2 od 27. 9. 2016, preuzeto 4. 7. 2018. sa

<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba806d2f22>.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr847/12-2 od 22. 1. 2018, preuzeto 4. 7. 2018. sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba805d0938>.

Zakon o listi profesionalnih bolesti, *Narodne novine*. Br. 162 (1998), 107 (2007).

Zakon o mirovinskom osiguranju, *Narodne novine*. Br. 157 (2013), 151 (2014), 33 (2015), 93 (2015), 120 (2016), 16 (2018), 62 (2018).

Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*. Br. 35 (2005), 41 (2008), 125 (2011), 78 (2015), 29 (2018).

Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, *Narodne novine*. Br. 80 (2013), 137 (2013).

Zakon o radu, *Narodne novine*. Br 93 (2014), 121 (2017).

Zakon o sudovima, *Narodne novine*. Br. 28 (2013), 33 (2015), 82 (205,) 82 (2016).

Županijski sud u Rijeci, Gž R-209/15 od 1. 3. 2017.

Županijski sud u Rijeci, Gž R-11/16 od 28. 11. 2017, izvorno.

Županijski sud u Rijeci, Gž R-573/17 od 16. 5. 2018, izvorno.

Županijski sud u Splitu, Gž R-146/17 od 16. 2. 2017, izvorno.

Županijski sud u Splitu, Gž R-45/18 od 18. 1. 2018, izvorno.

Županijski sud u Splitu, Gž R-1103/17 od 10. 5. 2018, izvorno.

Damir Juras, Ph. D.

Ministry of the Interior of the Republic of Croatia, Split

Senija Ledić, LL. M.

Judge of the County Court in Split,

Republic of Croatia

**PERSONALLY CAUSED NOTICE TO QUIT IN THE LEGISLATION
AND PRACTICE OF THE REPUBLIC OF CROATIA**

Summary

Relting on the legislation and jurisprudence of the Republic of Croatia, the paper provides a review and analysis of legal rules regulating the terms and procedure of the employment contract's ordinary notice caused by permanent characteristics or abilities of workers. Special attention is given to judicial practice which gives answers to numerous questions that arise in practice, particularly those related to the existence of reason for such a type of employment notice. In the author's view, the legislator has justifiably allowed employers to give notice to workers who cannot perform the basic obligation of carrying out the assumed tasks; for workers' protection, the legislator has prescribed explicit rules for notice procedure and judicial protection; then, the legislator has stipulated unfeasibility of employment on other tasks when giving notice to workers which are endangered by decrease of work ability or they already have reduced work ability.

Keywords: *employer, personally caused notice, termination of employment, employment contract, worker.*

Др Милан Рапајић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу
Др Предраг Димитријевић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881187R

UDK: 351:336.711(497.11)
336.711

Рад примљен: 20.09.2018.
Рад прихваћен: 24.10.2018.

**ПРАВНА ПРИРОДА НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ
У СВОЈСТВУ ВРШИОЦА УПРАВЕ**
(централно банкарство, положај и
правни карактер Народне банке)**

Апстракт: Положај централне банке у одређеној држави и њеном привредном систему зависи од: уставних норми, закона о централној банци којим се одређује институционална конструкција, функције и овлашћења централне банке и осталог законодавства, као на пример закона о банкама. У значајном делу рада посвећена је пажња (а пре преласка на главну тему због међусобне повезаности положаја и улоге Народне банке као вршиоца управе) положају, организацији и управним овлашћењима (при том не само тим) Народне банке Србије.

Вршење власти је инхерентно за државни апарат. Имајући у виду да је управа функција власти у правном систему Србије, обављање управне функције је поверено државним органима и организацијама. Органи управе су првенствено образовани за вршење управних активности. Док је органима управе, управна делатност основна, државним неуправним органима као и Народној банци Србије, вршење управе представља акцесорну делатност. У подели вршиоца управе на главе и споредне, Народна банка улази у ред споредних. Када је реч о правној природи Народне банке Србије, аутори примећују да овом питању у српској управноправној теорији није посвећена значајна пажња.

* mrapajic@jura.kg.ac.rs
pеса@prafak.ni.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Народна банка Србије не представља орган управе, није посебна организација, али ни, државни неуправни орган. То што је неком субјекту поверено вршење ауторитативних активности, не значи да је дошло до метаморфозе његове правне природе. Народна банка Србије не може се сматрати државним органом зато што врши функцију монетарне власти. Својство правног лица и буџетска аутономија су карактеристична за Народну банку, али не за органе државне управе (министарства). На послетку се наводи да Народна банка није главни вршилац управе, с обзиром да вршење управе не представља њену основну делатност.

Кључне речи: *централне банке, организација, вршиоци управе, Народна банка Србије, правна природа.*

1. Почетна разматрања о централном банкарству

Савремени свет банкарства, токова новца, финансијских институција и њихове управне регулације био би готово незамислив без централног банкарства. Новац егзистира кроз миленијуме, банке кроз векове, али за настанак првих централних банака у данашњем смислу речи није лако дати једнозначан одговор. Sviriges Riksbank је међу данас постојећим централнобанкарским институцијама најстарија славећи ове 2018. године тачно 350 година од оснивања.¹ Има и другачијих мишљења да је најстарија централна банка – Банка Енглеске основана 1694., али у статусу прве емисионе банке што је данас ексклузивитет који поседују у банкарству само централне банке. У привредно развијеним државама све до почетка I светског рата централне банке настају аутономно узимајући актуелни друштвено-економски тренутак у датом политичком и привредном систему. За појаву централног банкарства је значајан рад надлежних тела Лиге народа који се поклапа са њеним оснивањем после I светског рата јер је разореној Европи, али и дезорјентисаном светском банкарско-финансијском тржишту оснивање централних банака било потребно због стабилизовања курса националних валута и комплементарности међународних монетарних односа. После завршетка II светског рата, чије су последице измениле архитектуру политичке моћи у међународним

1 Sviriges Riksbank је правни сукцесор Riskens Ständers Bank, која је 1668. после финансијских неуспеха преузела приватну банку Јохана Палмструха (Johan Palmstruch) познатог финансијско-банкарског иноватора тога доба. Његова банка, као привилегована банка на тадашњем тржишту банкарских услуга је уз дозволу Краља Карла Густава X (Carl Gustav X) основана 1656. а први папирни новац у Европи издала 1661. Више о томе: Sveriges Riksbank a 350 year journey, pdf, Sweden, 2018, доступно на: www.riksbank.se

односима, као последица борбе за независност оформељене су многе нове државе којима је, као и ратом разореним старим државама, била потребна значајна финансијска банкарска помоћ а то је чињено кроз формирање националих централних банака. Разлике у начину формирања, управним овлашћењима, избору највиших руководиоца и контроли над централним банкама постоје, али се ипак могу издвојити два модела централног банкарства: европски и амерички. Први, европски је особен по централизацији и значајним овлашћењима гувернера, док је амерички децентрализован, а најзначајнију улогу у руковођењу централне банке има колективно тело – то је по правилу савет гувернера.

Без обзира на незанемарљиве разлике између централних банака, њихов положај у одређеној држави и њеном привредном систему зависи од: 1) закона о централној банци којим се одређује институционална конструкција, функције и овлашћења централне банке 2) закона којима се нормативно регулише издавање националне валуте 3) осталог законодавства, као што су закони о банкама, осигуравајућим организацијама и осталим финансијским институцијама. Такође и правила Међународног монетарног фонда, Светске банке, као и финансијских и банкарских институција супранационалних организација (примера ради Европске уније) имају утицаја на делатност али и организациону структуру централних банака.

1.2. Функције, циљеви и делатност централних банака

Сагледавајући економски и социјални моменат (без обзира на разлике између централних банкарских институција како упоредно-правно тако и историјски-правно) најзначајнији циљ због кога су и створене централне банке је одржавање монетарне стабилности, а последично томе и повећање нивоа запослености и дохотка, те економски развој и благостање земље. Тако уставом, али више законима (с обзиром на чињеницу да је законодавни поступак једноставнији од уставотворног) постављени циљеви су карактеристика централног банкарства времена после окончања II светског рата. Делатност централне банке, некадашњи гувернер Банке Словеније Митја Гаспари посматра као стварање услова за функционисање новчано-тржишне привреде, а то су: издавање новчаница, статус владиног банкара, спровођење новчане и кредитне политике, деловање као банка банака, одржавање и инвестирање међународних новчаних резерви земље, контролисање девизних трансакција, контролисање и надзирање активности кредитора. (Gaspari, 1988:5) Функције, циљеви и различите активности централних банака, заправо се не искључују већ се међусобно преплићу, па се пре може рећи да су у различитим економским

приликама неки циљеви више изражени, а неке активности се више врше од других. Важност јавног домена и даље у националној економији, повећани квантум одговорности централних банака због широког опсега њихових надлежности, утичу на релације централне банке и државе. У економској теорији се не пренебрегава управна функција централне банке па је запажено да „се централне банке све више баве административним пословима, као примјерице издавањем разних дозвола, контролом и надзором над банковним и финансијским институцијама“ (Ott, 1990:17)

1.3. Организација централних банака (назив, седиште и руковођење)

Већ је наглашено да постоје поприличне дистинкције између централних банака у појединим земљама, као на пример, да ли је реч о европском моделу организације централних банака или америчком, да ли је одређена држава федералног или унитарног типа, те ко се све може сматрати вршиоцем управне функције у датом управном систему једне земље. Наравно постоје и сличности, у том смислу што су статус структура и функције централних банака утврђене законом, а оне су по правилу правна лица, с тим што правно лице може бити и руководећи орган. Централне банке имају различиту власничку структуру, на пример са статусом приватног акционарског друштва или јавно-правног ентитета (са већим или мањим степеном независности од државе) а при том било да је приватно или јавно власништво оне могу више или мање бити привилеговане од државе.

Сам назив централне банке може да укаже о њеној врсти, односно да има и правни и практични значај. Име „централна“, „резервна“, „народна“, „национална“ или „државна“ може изражавати функције и статус банке која се у економској теорији означава као једина привилегована банка да буде регулатор монетарног система и „издавања, оптицаја и понуде новца“ (Aufrecht, 1965:26) односно да има улогу државног банкара, тј. банка банака. Тако се неке банке називају централним као на пример: Централна банка Руске Федерације, Централна банка Републике Турске, (примери за две банке које се називају централним у државама федеративног односно унитарног модела државног уређења), неке добијају назив резервна банка, као на пример: Јужноафричка централна банка и Резервна банка Индије. Има банака које у свом имену комбинују обе речи односно од њих су састављене. Такве називе имају: Централна резервна банка Перуа и Централна резервна банка Ел Салвадора. Назив банке може бити употпуњен са именом државе (Енглеска банка, Канадска банка, Банка Израела), а постоје и банке са именима народних банака (Народна банка Пољске, Аустријска народна банка, Народна банка Србије, Хрватска народна банка). Државна банка Пакистана редак је пример да се централне

банка тако зове. Немачка савезна банка у свом називу нам казује да је реч о банци федералне државе.

1.3.1. Седиште централне банке

У законима чији је предмет организација и функције централних банака, по правилу се наводи седиште централне банке. То је углавном главни град одређене државе, али као на пример у Аустралији или Немачкој², то може бити финансијски центар. Овакво решење посебно је оправдано у оним околностима када главни град није водеће финансијско средиште привредног система дате државе. У периоду пре оваквог бума информационо-комуникационих технологија, позиционирање централне банке у главни град државе, олакшавало је, али и данас то може бити случај конекцију између централне банке и надлежног министарства за финансије, као и других владиних тела, које су надлежна за сарадњу са централном банком. Пословање централне банке олакшано је када је њено седиште у водећем финансијском центру земље, јер је тиме олакшана сарадња са пословним банкама, осигуравајућим компанијама и другим финансијским институцијама. У државама федералног типа, седиште централне банке посебно долази до изражаја због избегавања руковођења у само једном центру и утицаја федералних јединица на доношење важних одлука.³

2 Седиште Резервне банке Аустралије се налази у Сиднеју, као највећем граду ове државе континента али и главном финансијском центру, а не у Камбери као главном граду, у коме се налази филијала Резервне банке. Седиште Немачке савезне банке се налази у Хмбургу, а не у Берлину као главном граду Савезне Републике Немачке. Након што је Европска централна банка преузела одговорност за заједничку европску валуту, Бундесбанк (како се некад преводи назив Немачке савезне банке) је наставила да постоји. Његове дужности су редефинисане седмим по реду Законом о изменама и допунама Закона о Немачкој савезној банци од 30. априла 2002. године. У члану 3 Закона о Немачкој савезној банци се наводи: Бундесбанка, као централна банка Савезне Републике Немачке, саставни је део Европског система централних банака (ЕСЦБ). Она ће учествовати у извршавању задатака ЕСЦБ-а са примарним циљем одржавања стабилности цена, и уредити извршавање домаћих и међународних плаћања. Поред тога, обављаће дужности које му се додљују по овом или другом закону. За разлику од других централних банака као што су Банка Енглеске и Америчке федералне резерве (али као и ЕЦБ), Бундесбанка није званично одговорна за одржавање стабилности финансијског система и није зајмодавац у последњем случају. Седиште Европске централне банке се иначе налази у Хамбургу на Мајни, а не у Бриселу где су лоциране главне институције Европске уније.

3 Ово је посебно било актуелно када је стваран Систем федералне резерве у Сједињеним Америчким Државама, јер се оснивачи нису могли сагласити око тога да ли седиште централне банке треба да буде у главном граду, односно Ваншигтону, или Њујорку, који представља а и дан данас је стециште главних финансијских трансакција у

1.3.2. Руковођење централном банком: саветодавни (савет директора централне банке) и извршни орган

Одредбама закона о централној банци, одређује се по правилу састав и начин одлучивања саветодавног органа централне банке, прегледом упоредноправних решења, најчешће има име савет или веће директора. Улога савета, већа или борда директора, разликује се од исте такве позиције у компанијама. Разлог томе је јединствена функција централне банке, њен посебан положај који је уставом и законима регулисан и на послетку, што је веома битно да прецизно буде нормиран однос ове банке према држави и различитим финансијским институцијама. Број чланова савета или већа директора централне банке такође је често законска категорија и он се креће од најмањег броја, а то су по правилу три члана, док у неким случајевима може имати и преко двадесет чланова.⁴ Некада је тај број тачно одређен, а може се одредити и најмањи број чланова. Изузетан значај за макроекономску политику државе и опште друштвене функције, а не само економске које има централна банка, од утицаја су на састав већа директора, односно савета. Битно је да међу члановима већа директора буду истакнути експерти из различитих поља, пре свега економије, али се могу наћи као чланови правници који се баве банкарским правом, правом осигурања, управном регулацијом тржишта, као што своје место треба да нађу представници привреде дате земље. Такође, ако је савет састављен од већег броја чланова, онда је потребно да се на његовим седницама чују мишљења различитих интересних економских група у држави, као и да се уважава, ако је реч о федералној држави равномерна представљеност федералних једница, колико је то могуће, али и значајних финансијских институција. На чело савета директора поставља се личност изузетног професионалног кредибилитета у банкарским и финансијским круговима. Пожељено је да искуство које има на пољу банкарства и финансија буде и теоријски и практично потковано. Исто то треба да важи и за остале чланове савета, а у идеалнотипском моделу савет по својој персоналној

САД, али и један од главних центара глобалне светске трговине. Као што су и многе институције у Америци стваране компромисом, јер је реч о федералној држави, тако је и овде дошло до усклађивања различитих интереса, па је формиран Систем федералних банака широм САД. Уместо да постоји једна водећа централна банка, у главном граду је лоцирано Веће федералне резерве.

4 На пример, Управни савет Европске централне банке састоји се од 25 чланова и то: председника и потпредседника Европске централне банке, 4 члана Извршног одбора ЕЦБ и 19 гувернера или председника централних банака држава Европске уније које су истовремено и чланице Европске монетране уније. - Governing Council, www.ecb.europa.eu, презето, 3.9.2018

структури треба да буде израз представљања најважнијих грана привреде, односно економског живота једне земље.

У одређеном броју монетарних система, постоје такозвани спољни или „*ex officio*“ чланови савета. Када је реч о питању њиховог положаја приликом гласања на савету присутна су различита решења. Тако они могу да имају право гласа и право вета, или да потпуно буду без тих права. Такозвани „*ex officio*“ чланови, су по правилу представници владе или владиних агенција и других управних тела, која су надлежна да надзиру пословање централне банке. Пример за „*ex officio*“ члана је министар надлежан за послове финансија или други високи званичник министра финансија (управни функционер који је надлежан у оквиру дела министарства које води, да уједно брине односно надзире политику и пословање централне банке). Када је реч о мандату чланова савета директора, (негде се тај савет зове савет гувернера, као на пример у Србији) он се законски одређује по правилу на дужи мандат, који је гаранција бар у формално-правном смислу те речи континуитета политике и независности чланова савета централне банке. Другачија је ситуација са мандатом спољних чланова, јер је везан за мандат институције коју заступа. Савет централне банке у већини привредних система законским прописима је овлашћен на пољу новца и кредитне политике, тако што одлучује о: емисији новца, утврђивању девизних курсева, општим условима и рестрикцији кредитних операција саме централне банке, утврђивању каматних стопа централне банке, утврђивању обавезне или минималне резерве, коју су банке и друге финансијске институције у обавези да депоноју код централне банке, операцијама централне банке на отвореном тржишту, утврђивању висине горњих каматних стопа коју банке исплаћују својим клијентима, разним ограничењима на зајмове и инвестиције банковних институција и томе слично.

У погледу саме управљачке функције, савет централне банке усмерава управу централне банке, њено пословање и утиче на креирање прописа и правила која су неопходна администрацији централне банке. Савет може имати и изборне надлежности у виду именовања, али и смењивања руководиоца организационих јединица централне банке, дакле има утицаја на равноправне односе у централној банци. Савет у појединим државама одобрава и годишњи буџет централне банке или припрема његов нацрт који се даље прослеђује надлежним државним телима или органима унутар централне банке. Осетљивост и значај питања о којима се одлучује на седницама савета централне банке, свакако има утицај на то како се гласа на тим седницама. Тако у пракси постоје две врсте савета када је реч о одлучивању: савет у којем седе само чланови са правом гласа,

али и онај у коме се налазе и чланови без права гласа. Принцип гласања је један човек један глас, са могућношћу да председавајући има право златног гласа, односно када се гласови изједначе, тада његов глас односи превагу.⁵

Независност и самосталност савета директора од великог су значаја, па су нормативно пројектовани као законске категорије, што значи да чланови овог тела своје послове обављају независно и на сопствену одговорност у оквиру овлашћења која су дата централној банци. Ако су чланови савета изабрани као личности без утицаја било ког органа изван централне банке, тада се може рећи да је њихова независност значајно осигурана. Ако савет има већи број спољних чланова његова независност је значајно ослабљена. То се исто манифестује када су чланови савета подложни инструкцијама извршне власти, или када извршна власт има право вета на одлуке у овом телу. Могуће је да дође и до сукоба интереса када чланови савета долазе из банкарског сектора. Управо због тога је битно да представници банкарског сектора немају већину у савету централне банке.

1.3.3. Извршни (управни) орган централне банке

Извршни орган централне банке представља тело, које је често трочлано састављено од најiskusнијих руководиоца на челу са гувернером или сам(о) гувернер централне банке. У већини централних банака, челни човек се назива гувернер. Ређа је ситуација да се назива председником централне банке и онда је по функцији често председавајући савета централне банке. Законом и подзаконским актима, регулисано је да положај гувернера или председника централне банке буде управљачког карактера. Када савет директора управља банком, он овлашћује гувернера да у многим сегментима управљања преузме руководећу улогу. Мандат гувернера би требао да буде бар колико траје мандат органа који га је бирао, а пожељно је да траје и дуже због институционализовања његове персоналне независности. Од способности гувернера прво на професионалном пољу, али и организационом, умногоме зависи судбина централне банке у одређеном периоду, што се позитивно одражава на макроекономска кретања у укупној економској политици државе. Положај гувернера највише је у вези са: његовим статусом у односу на савет, да ли је он на пример по

5 Одлуке се на савету могу доносити простом већином присутних чланова, као што се може и прописати који је то минимум чланова потребних за кворум. Правичније је када се пропише да је потребна апсолутна већина за поједине одлуке, а у неким случајевима и за све. Значај председавајућег долази до изражаја када се пропиште да он има право вета, а иста ситуација је са положајем министра финансија, ако и он има такво право што онда указује да је независност централне банке ипак под знаком питања. Прецизније речено та независност је сужена.

функцији председник савета, или само његов члан; његове независности од упустава или чак наредби које долазе из екстерних кругова, пре свега извршне власти, али и пословног банкарског окружења. Дужина мандата и могућност његовог обнављања има утицај и на спровођење дугорочне политике централне банке. Гувернер ће свакако бити успешнији уколико је унутрашњи службенички апарат банке ефикасан и професионално поткован.

Помињан однос гувернера са саветом централне банке, нормиран је тако да он мора деловати у складу са том политком и одлукама савета уз обавезу да гувернер савету пружа информације и сугестије о актуелним питањима економске политике који се односе на централну банку. Мора се споменути да гувернер представља централну банку пред телима извршне, законодавне и судске власти, али и пред домаћим и иностраним пословним круговима, као и у односу на међународне банкарске и финансијске институције.

Поред саветодавног и извршног органа, а по правилу је реч о гувернеру, односно извршном одбору централне банке, унутар банке се оснивају и посебна већа или савети. То могу бити монетарни савет, управни одбори, саветодавна већа примера ради савети формиран на регионалној или струковној основи, односно савети који се баве само одређеним сегментима пословања централне банке.

Иначе, централне банке у такорећи свим земљама обављају послове који су по свом карактеру веома блиски, те се законским путем упоредно-правно посматрано слично регулише назив, број и функција појединих организационих једница централних банака. Без обзира на назив, централне банке имају организациону једницу која за предмет свог рада има емисију новца, затим сектор за банке, сектор који се тиче економских истраживања и сектор односно организациона једница која се бави контролом банака и других финансијских институција. Емисионо одељење или сектор је по правилу најважнији организациони сегмент у свим централним банкама, а под утицајем организационе структуре једне од првоформираних централних банака-Енглеске банке, која је била банка модел за формирање централних банака у одређеном броју држава, одељење или сектор за емисију је потпуно одвојен од сектора надлежног за пословање банака. Да би посебно дошло до изражаја подељеност та два организациона дела централне банке, законско решење које је примењено у појединим земљама је такво да се емисионо одељење регулише законом о централној банци, а да је одељење за банке категорија закона о банкама. Сектор надлежан за банке има различит значај и улогу у односу на дати

привредни систем једне земље у односу на други. Сектор за контролу над банкама и другим финансијским институцијама, логично има велик значај у савременом банкарском и финансијском свету, јер се развојем банкарских и финансијских тржишта појављују бројне и нове финансијске институције, које централна банка треба да контролише. Данас у многим земљама Сектор економских истраживања посебно има важну позицију, јер је ова организациона једница централне банке надлежна да прати, односно проучава и кроз такву научну делатност прогнозира кретања и саставља извештаје како за потребе централне банке, тако и извршне власти, али и заинтересоване стручне јавности.

2. Положај Народне банке Србије

Народна банка Србије представља централну банку Републике Србије. „Мали устав“ којим су прецизиране функције српске централне банке је Закон о Народној банци Србије. Међутим, и у другим законима који регулишу банкарско пословање али и области осигурања и инвестиционих фондова додатно су нормативно заокружене надлежности Народне банке. Као законске категорије предвиђене су самосталност и независност⁶ Народне банке у обављању њених послова. Под независношћу централних банака подразумева се знатна аутономија одлучивања у имплементацији монетарне политике. Одређивање независности централних банака у уставима као начела, а у матичним законима кроз додатно прецизирање има јасну сврху: заштитити институционални интегритет ових специфичних организација од краткорочних а притом фреквентних утицаја

6 У образложењу Предлога Закона о изменама и допунама Закона о народној банци Србије (*Службени гласник Републике Србије* бр.106/2012) (друга промена која се десила 2012. године) је наведено да поједина решења прописана Законом о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије (*Службени гласник РС*, бр. 76/2012) су изазвала недоумице и довела у питање њихову усклађеност са Уговором о функционисању Европске уније, односно с правним тековинама Европске уније, а важно је њихово отклањање у поступку преговора Републике Србије са Европском унијом. Како се та решења тичу институционалне и персоналне независности централне банке - потребно је отклонити све недоумице у тумачењу Закона о народној банци Србије. У складу с тим, један од циљева доношења другог Закона о изменама и допунама Закона о народној банци Србије било је (како је Влада као овлашћени предлагач навела) даље приближавање одредбама Уговора о Европској унији и Уговора о функционисању Европске уније, а нарочито одредбама Статута Европског система централних банака и Европске централне банке - имајући у виду стратешко опредељење Републике Србије да приступи Европској унији. Између осталих циљева у образложењу Предлога Закона о изменама и допунама Закона о народној банци Србије (*Сл. гласник Републике Србије*, бр.106/2012), наведени су јачање положаја централне банке „пре свега свих аспеката њене независности и самосталности.“

непринципијелних политичких моћника, што коинцидира са политичким кампањама за легислативне и председничке изборе. Независност циља и независност инструмената су две димензије које обликују независност централне банке. Циљ је независан када централна банка аутономно дефинише циљеве монетарне политике, као што су стабилност цена, стопа незапослености у границама толеранције, адекватан раст друштвеног бруто производа. Независност инструмената је појам који кореспондира са законски устројеном аутономијом централне банке да одабере адекватне политике, које су у ствари инструмент за постизање жељених циљева пре свега на макроекономском пољу.

За свој рад Народна банка одговорна је представничком телу – Народној скупштини Републике Србије. Постизање и одржавање стабилности цена је основни циљ којим се у свом раду руководи централна банка. Народна банка Србије поред овог основног циља, законски је у обавези да се стара о очувању укупне финансијске стабилности државе (очување и јачање стабилности финансијског система – члан 3 став 2 Закона о Народној банци). Она је кључни креатор монетарне политике, као и политике курса националне валуте, али се и стара о девизним резервама и издавању новца. По слову Закона о Народној о банци Србије, централна банка подржава спровођење економске политике,⁷ извршне власти (односно њене активне главе у парламентарном моделу, који је конципиран Уставом из 2006.) у лику Владе Републике Србије⁸ а своје пословање усклађује са принципима тржишне привреде.

7 У домаћој истоименој уџбеничкој литератури централна банка се идентификује између осталог као субјект економске политике : „Централна банка представља најважнији орган државне власти у области монетарно-кредитне политике. Она је једина емисиона банка и одговорна је за стање у монетарно кредитној сфери економског живота; одговара за стабилност домаће валуте, стање финансијских односа са иностранством, стање у области кредита и кредитних односа и слично. Као субјект економске политике испољава се на тај начин што утврђује циљеве и предузима мере за реализацију тих циљева у области монетарно-кредитне политике, односно макроекономског регулисања новчаних токова. У томе она може бити независна од владе, да самостално води ту политику или, пак, да дели одговорност и надлежност са владом.“ (Božić, Golubović, Božić-Miljković, 2013:15-16)

8 Институционална веза између централне банке и владе не треба да буде сувише чврста или да претеже (односно буде корисна само за егзекутиву) на страну владе, с обзиром да ће се тада осетити негативни ефекти у остваривању законски прокламованих циљева делатности централних банака. Наиме у економској теорији се констатује да се тешко може очекивати успешно сузбијање инфлације од стране централне банке ако је она институционално чврсто повезана са владом. Такав циљ је могуће постићи баш у супротном случају, када је централна банка мање повезана са владом, јер „њима често управљају политички пословни циклуси који покушавају мјерама економске и монетарне политике потакнути коњуктуру (раст) непосредно

Народна банка Србије има значајне надлежности које се односе на „правно-економски живот“ банака и других финансијских организација, односно мењачница и оператора платног система. То се огледа кроз њена следећа овлашћења: 1) издаје и одузима банкама дозволе за рад, врши контролу бонитета и законитости пословања банака и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређују банке; 2) издаје и одузима дозволе за обављање делатности осигурања, врши контролу ове делатности, односно надзор над њеним обављањем, издаје и одузима овлашћења за обављање појединих послова из делатности осигурања и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређује осигурање; 3) издаје и одузима дозволе за обављање послова финансијског лизинга, врши надзор над обављањем ових послова и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређује финансијски лизинг; 4) издаје и одузима друштвима за управљање добровољним пензијским фондовима дозволе за рад и дозволе за управљање тим фондовима, врши надзор над овом делатношћу и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређују добровољни пензијски фондови; 5) издаје и одузима платним институцијама дозволе за пружање платних услуга, а институцијама електронског новца дозволе за издавање електронског новца, врши надзор над пружањем платних услуга и издавањем електронског новца, а обавља и друге послове, у складу са законом којим се уређују платне услуге; 6) обавља послове заштите права и интереса корисника услуга које пружају банке, друштва за осигурање, даваоци финансијског лизинга, друштва за управљање добровољним пензијским фондовима, пружаоци платних услуга и издаваоци електронског новца у складу са законом; 7) утврђује испуњеност услова за покретање поступака реструктурирања банака, односно чланова банкарске групе и спроводи ове поступке, одлучује о инструментима и мерама које ће се предузети у реструктурирању и обавља друге послове у вези с реструктурирањем банака, у складу са законом којим се уређују банке; 8) издаје и одузима операторима платног система дозволе за рад овог система, врши надзор над њиховим пословањем и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређују платне услуге; Почев од 2019. године Народна банка ће бити овлашћења да издаје и одузима овлашћења за обављање мењачких послова, врши контролу мењачког и девизног пословања и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређује девизно пословање.

прије избора, како би политичари били поново изабрани.“ Babić, A., *Ciljevi i vjerodostojnost monetarne politike, neovisnost i odgovornost centralne banke*, www.ijf.hr/institucionalizam/babic, преузето, 29.8.2018.

Ако Народна банка Србије утврди, по добијању захтева банке који је предметно опредељен на обављање послова платног промета и кредитних послова са иностранством, да банка која је поднела овај захтев, испуњава услове за вршење предметних делатности, даће овлашћење за њихово обављање. Надлежност Народне банке простире се не само на издавање дозволе одговарајућим банкама да се баве пословима платног промета, већ да као централна банка врши контролну улогу, која значи надзирање обављања те делатности.⁹ У том смислу, Народна банка појављујући се као контролор, може и да одузме дозволу одређеној банци ако не испуњава више услове који се законом захтевају за обављање послова платног промета. Народна банка Србије је законски обавезана да води регистре банака које су овлашћене за обављање послова платног промета и кредитних послова са иностранством. Такође, она води и регистре сагласности које су дате за отварање филијала, других организационих облика и представништава банака у иностранству, али и регистар који је евиденција представништава страних банака у Републици.

Народна банка Србије када одлучује о правима и обавезама банака, осигуравајућих друштава, друштава за управљање добровољним пензионим фондовима и других финансијских организација, доноси појединачне правне акте који су по својој правној природи управни акти. На основу претходних прописа о Народној банци експлицитно је било регулисано да су сва првостепена решења Народне банке коначна у управном поступку. То значи да је био онемогућен жалбени пут,¹⁰ па је незадовољна странка

9 Послови надзора над финансијским институцијама обављају се у Народној банци Србије на начин којим се обезбеђују оперативна самосталност организационих јединица у којима се обављају ти послови и њихова раздвојеност у односу на друге функције и послове Народне банке Србије и којим се спречава сукоб интереса. Народна банка Србије може донети прописе којима се утврђују стандарди стабилног и сигурног пословања субјеката које контролише, односно над којима врши надзор. Народна банка Србије води евиденцију о наведеним издатим дозволама. Ова евиденција је јавна књига и води се у електронском облику, а доступна је на Интернет презентацији Народне банке Србије. При вршењу надзора над финансијским институцијама Народна банка Србије има право увида у пословне књиге и другу документацију финансијских институција, као и лица која су с њима повезана имовинским, управљачким или пословним односима. Народна банка Србије прописује ближе услове и начин вршења контролне функције, у складу са овим и другим законом. Ради унапређења своје контролне функције, Народна банка Србије сарађује са страним институцијама и домаћим органима и институцијама надлежним за надзор у области финансијског пословања. Народна банка Србије може податке прибављене у обављању своје контролне функције размењивати са овим органима и институцијама. – чланови 63-65 Закона о Народној банци Србије.

10 Међутим у нашем ранијем позитивном законодавству, односно чланом 30. став 3 Закона о банкама и другим финансијским организацијама (*Сл. гласник Републике Србије*, бр.32/93), била је предвиђена жалба против првостепених решења гувернера

из управног поступка могла тужбом покренути управни спор. Актуелни Закон о народној банци Србије унеколико је другачији. Одредбом члана 86 в Закона о народној банци Србије прописано је да се против управног акта Народне банке Србије донетог у обављању њених функција може водити управни спор, али тужба против овог акта не може спречити ни одложити његово извршење. У истој одредби ставом 2 је прописано да у управном спору против управног акта Народне банке Србије суд не може решити управну ствар за чије је решавање утврђена надлежност Народне банке Србије. Дакле Управни суд не може да решава у оваквим стварима у спору пуне јурисдикције. Реч је о случају – дакле искључење вођења спора пуне јурисдикције у појединим управним областима. У теорији је наиме примећено да спор пуне јурисдикције у појединим материјама „може посебним законом бити изричито искључен. Ово због особености одређених управних области (неопходност поседовања специјализованог ванправничког знања, прописима предвиђена знатна количина дискреционе управне оцене у њима и сл.) у којима сам суд, својом пресудом, није у стању да ваљано уреди те и такве управне ствари уместо матично надлежног органа ... Примерице, код издавања дозвола за рад пословним банкама од стране Народне банке Србије као централне банке (у смислу члана 9. Закона о банкама).“ (Томић, 2016:374) У том смислу констатује се да одредба којом се искључује управни спор пуне јурисдикције наводи да се закључи „да су првостепена решења Народне банке коначна, али то ипак не пише изричито. Међутим изостављање ове одредбе у Закону о народној банци Србије није довело до било каквих битнијих промена, јер су одредбе о коначности њених решења и немогућности изјављивања жалбе садржане у посебним прописима.“ (Милков, 2016:91) Одлучивање Управног суда у спору ограничене јурисдикције када су предмет контроле првостепена коначна решења гувернера Народне банке критиковано је у нашој теорији управног права. Наводи се, да се основано „може поставити питање – зашто се законодавац одлучио управо за спор ограничене јурисдикције, нарочито ако се имају у виду проблеми који су у пракси настајали поводом обавезности пресуда донетих у управним споровима

Народне банке Србије. То је тада било на линији уставне норме да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву или на закону заснованом интересу, а садашње решење Закона о народној банци Србије и Закона о банкама сматрамо супротним слову и духу Устава из 2006. У конкретном случају да је осигурано право на жалбу против решења гувернера Народне банке, не би у истој управној ствари одлучивао гувернер него другостепени орган у управном поступку. Овако нема двостепеног решавања у управном поступку, нити другостепеног органа. Коначно мериторно решавање конкретне управне ствари поверено је искључиво гувернеру Народне банке, пошто Управни суд може само да одлучује у ограниченој јурисдикцији.

у области управног деловања Народне банке Србије. Наиме, наша судска пракса богата је случајевима у којима се гувернер Народне банке Србије доносећи нови управни акт уместо пресудом поништеног управног акта, не придржава правних схватања суда и његових примедба у погледу поступка, иако је на то обавезан одредбама Закона о управним споровима. С друге стране, спор пуне јурисдикције омогућио би контролу законитости управног деловања Народне банке Србије од стране суда као независног и непристрасног државног органа.“ (Бачанин, 2007:47)

На поступак у коме се Народна банка појављује као контролор бонитета и законитости пословања банака, а на основу надлежности које су утврђене Законом о банкама (решавање о правима, обавезама и правним интересима лица) сходно се примењује Закон о општем управном поступку, односно његове поједине одредбе. У поступку се одлучује у форми решења.¹¹ На основу експлицитне одредбе Закона о банкама такво решење има својство коначности, што за последицу повлачи да се против њега не може уложити жалба, већ да се само може водити управни спор. Наведеним законским прописом, такође је регулисано да тужба која се поднесе против решења у управном спору нема суспензивно дејство. Истоветна регулација предвиђена је Законом о осигурању. Решења којима Народна банка према Закону о осигурању одлучује о издавању, променама, односно одузимању дозволе организацијама које се баве пословима осигурања, издавању, односно одузимању сагласности имају такође исту особину као решења која се доносе по Закону о банкама – коначна су.

2.1. Организација Народне банке Србије

Одредбом члана 2 Закона о Народној банци Србије она је дефинисана као централна банка Републике Србије. Реч је о јединственој организацији¹²

11 Само напомене ради, ово је један од великог броја случајева када се управни акт не назива тако, већ неким дугим именом. Како је писао професор Никола Стјефановић (а тако је и данас): „Термин *управни акт одговара, истина, нашем позитивном праву*, али оно га увек не употребљава, него се служи и другим изразима. Тако, на пример, уместо општег израза управни акт сусрећу се у нашем позитивном праву и изрази *решење, наређење* и слично.“ (Stjepanović, 1973:7)

12 У појединим федералним државама централне банке почивају на другачијој организационој физиономији. Као супротан пример од устројења централног банкарства у Србији може се узети онај примењен у Сједињеним Америчким Државама. „Стога у САД није формирана једна централна банка, већ Систем федералне резерве, тј. дванаест банака федералне резерве које дјелују на одређеним подручјима, а њихове послове усклађује Вијеће федералне резерве или Вијеће гувернера федералне резерве. Систем федералне резерве посве је посебна врста државне институције, чак и у самим САД, јер представља комбинацију приватних и јавних елемената с једне, те

за читаву територију Републике, са седиштем у главном граду. Народна банка формира ради обављања Уставом и законом јој поверених функција унутрашње организационе јединице, међу којима свакако веома значајно место заузимају филијале, којих данас има пет (седишта филијала се налазе у навећим градовима Републике: Београду, Новом Саду, Нишу, Крагујевцу и Ужицу). Статутом српске централне банке и прописима о унутрашњој организацији (као општим актима) нормирани су делокруг, права и дужности филијала, које иначе нису правно лице за разлику од Народне банке са тим својством, али без обзира на то, Народна банка Србије не уписује се у регистар правних лица (члан 5 став 2 Закона о народној банци Србије). Завод за израду новчаница и ковног новца – Топчидер, је специјализована организација која послује у саставу Народне банке Србије, а израђује новчанице и ковни новац (као што јој и само име каже) али и обавља друге послове утврђене законом и Статутом.

Извршни одбор Народне банке Србије, Гувернер и Савет гувернера представљају органе Народне банке Србије. Извршни одбор чине гувернер и вицегувернери. Присуство најмање три члана је неопходан услов за рад Извршног одбора тј. кворум. За пуноважно одлучивање потребно је да гласа већина присутних чланова Извршног одбора.¹³ Глас гувернера је пресудан, када дође до изједначења броја гласова поводом неког питања на седници Извршног одбора. Овај орган Народне банке Србије утврђује монетарну и девизну политику, као и активности ради очувања и јачања стабилности финансијског система, а посебно утврђује: 1) програм монетарне политике Народне банке Србије; 2) начин обрачуна, наплате и плаћања камате на пласмане и друга потраживања Народне банке Србије, као и на средства

централизоване и децентрализоване структуре с друге стране. Децентрализација је постигнута подјелом земље на дванаест регија и успостављањем посебне федералне резерве с вијећем директора у свакој регији.“ (Ott, 1990:91)

13 Као специфично решење Закона о Народној банци а у вези са гласањем на седницама Извршног одбора наводимо став 5 члана 16 Закона у коме је наведено : „Члан Извршног одбора не може се уздржати од гласања.“ Сматрамо да је *ratio legis* оваквог решења условљен значајем материје о којој се одлучује на седницама Извршног одбора Народне банке и да уздржано гласање није ни целисходно ни правично. То је иначе тип гласања на „половини пута“ између афирмативног и негативног гласања. Ипак да би позитиван глас однео превагу уздржано гласање је управо кочница таквом гласању. Уздржано гласање је често у сијасет нормативно регулисаних случајева суштински по својој природи негативно. Такође, а управо због значајних надлежности Извршног одбора истим чланом Закона о народној банци Србије (став 6) прописано је да се на седнице Извршног одбора позива министар надлежан за послове финансија, који на њима учествује без права гласа. „Извршни одбор доноси пословник о раду, којим се нарочито уређују начин сазивања и одржавања седница, питања која се разматрају на седницама и друга питања у вези с радом Извршног одбора (став 7)

на која Народна банка Србије плаћа камату; 3) услове и начин издавања хартија од вредности Народне банке Србије; 4) услове под којима и начин на који Народна банка Србије спроводи операције на отвореном тржишту и обавља дисконтне послове; 5) политику одобравања краткорочних кредита; 6) политику курса динара; 7) основице за обрачунавање обавезне резерве и стопе обавезне резерве, као и начин, услове и рокове издвајања и коришћења средстава обавезне резерве банака; 8) политику управљања девизним резервама, као и смернице за управљање тим резервама; 9) друге инструменте и мере монетарне и девизне политике; 10) мере за одржавање ликвидности банака; 11) мере и активности, у оквиру надлежности Народне банке Србије, ради очувања и јачања стабилности финансијског система. (члан 14 став 1 Закона о народној банци Србије). Наведени прописи Народне банке објављују се у „Службеном гласнику Републике Србије”. Извршни одбор утврђује референтну каматну стопу и друге каматне стопе које Народна банка Србије примењује у спровођењу монетарне политике, као и начин утврђивања каматних стопа Народне банке Србије. (члан 14 став 3 Закона о народној банци Србије). Такође ово тело доноси прописе Народне банке Србије из области контролне и надзорне функције у форми појединачних правних аката. Тако Извршни одбор решењем одлучује о давању и одузимању банкама дозвола за рад, о давању и одузимању друштвима за осигурање дозвола за обављање послова осигурања, о давању и одузимању дозвола за обављање послова финансијског лизинга, о давању и одузимању друштвима за управљање добровољним пензијским фондовима дозвола за рад и дозвола за управљање тим фондовима, као и о испуњености услова за покретање стечајног поступка, односно поступка ликвидације над овим финансијским институцијама. Ова решења поседују све карактеристике управног акта (јер се њима одлучује о наведеним дозволама по правилима Закона о општем управном поступку) и њих потписује гувернер с обзиром да је Извршни одбор колективно тело управо са гувернером на његовом челу. Поред тога Извршни одбор решењем одлучује и о давању и одузимању платним институцијама дозвола за пружање платних услуга, као и о давању и одузимању институцијама електронског новца дозвола за издавање овог новца. Општим актима Извршни одбор одлучује о реструктурирању банака у складу са законом којим се уређују банке. Извршни одбор даје смернице за јединствену примену прописа из надлежности Народне банке Србије (Члан 15 б Закона о Народной банци Србије).

Гувернер је други и то инокосни орган Народне банке Србије који руководи овом банком и организује њен рад. Први човек Народне банке спроводи одлуке Извршног одбора и Савета; доноси прописе, опште и појединачне

акте из надлежности Народне банке Србије који законом нису стављени у надлежност Извршног одбора и Савета (ови прописи се објављују због њихове важности у „Службеном гласнику Републике Србије“); предлаже прописе, опште и појединачне акте које доносе Извршни одбор и Савет, ако Законом о Народној банци није друкчије уређено; уређује унутрашњу организацију Народне банке Србије и систематизацију радних места у Народној банци Србије, као и радне односе запослених, именује и разрешава запослене који руководе организационим јединицама у Народној банци Србије; обавља и друге послове утврђене Законом о Народној Банци Србије и другим законима на начин који није у супротности са циљевима постизања и одржавања стабилности цена. Гувернер се бира од стране законодавне власти – Народне скупштине, на период од шест година¹⁴ са могућношћу поновног избора, а на предлог једне главе извршне власти – бифедалне егзекутиве у Србији – председника Републике. „За гувернера може бити биран држављанин Републике Србије који испуњава опште услове за заснивање радног односа, има високо образовање стечено на студијама другог степена и најмање десет година радног искуства у областима економије, финансија или банкарства. Гувернер избором заснива радни однос у Народној банци Србије.“ (Члан 19 став 3-4 Закона о Народној банци Србије) Дакле предлагање и избор гувернера Народне банке налазе се у рукама два органа која су изабрана на непосредним изборима, што свакако појачава легитимитет првог човека српске централне банке. Начин на који се бира гувернер – ко бира овај орган и на колико дуг мандатни период се бира има превасходан утицај на персоналну независност централне банке.

Иначе и у другим земљама Западног Балкана (Албанија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Црна Гора, Хрватска, Македонија¹⁵ и Румунија) предвиђен

14 Према члану 16 Закона о Народној банци Србије (Сл. гласник РС 72/2003) био је предвиђен и другачији начин избора и краћи мандат гувернера. Гувернера је бирала Народна скупштина на предлог одбора Народне скупштине надлежног за финансије, на пет година, с правом поновног избора. Дакле председник Републике није имао придодату надлежност као по садашњем законском решењу, а то је предлагање гувернера.

15 У Албанији гувернера бира председник Републике на предлог премијера на мандат од 7 година са могућношћу поновног избора. (члан 44 Закона о банци Албаније, Law No.8269, 23.12.1997 On the Bank of Albania). Због специфичног државно-правног статуса Босне и Херцеговине, која је креирана тзв. Дејтонским споразумом из новембра 1995, био је исто тако специфичан избор гувернера Централне банке Босне и Херцеговине. Тако је чланом 8 став 1 и 2 Закона о Централној банци Босне и Херцеговине (Закон о централној банци Босне и Херцеговине, бр. 1/97, 29/02, 13/03, 14/03) наведено: „За вријеме првих шест година пословања Централне банке, Управно вијеће се састоји од Гувернера именованог од стране Међународног монетарног фонда уз претходно обављене консултације са Предсједништвом Босне и Херцеговине и три члана именована од стране Предсједништва Босне и Херцеговине. Гувернер који је именован

је дужи мандат гувернера у односу на мандат легислативног тела као и у односу на мандат шефа државе са изузетком Румуније, где се иначе гувернер бира од стране бикамералног Парламента на предлог надлежних одбора оба дома, на период од 5 година, с могућношћу поновног избора.¹⁶ Дакле мандат председника Републике Румуније временски траје исто колико и мандат гувернера Народне банке Румуније. Сем Бугарске и Хрватске (где су мандати гувернера 6 година) у којима није прецизиран поновни избор гувернера, у осталим западнобалканским државама те законске одредбе о поновном избору исте личности на функцију гувернера централне банке

од стране Међународног монетарног фонда није држављанин Босне и Херцеговине или неке друге сусједне државе. Три члана које именује Председништво Босне и Херцеговине су један Бошњак и један Хрват из Федерације Босне и Херцеговине и један Србин из Републике Српске. Након првих шест година дјеловања Централне банке: а) Управно вијеће Централне банке се састоји од пет чланова именованих од Председништва Босне и Херцеговине и б) Након именовања својих чланова, Управно вијеће између својих чланова бира Гувернера на период од шест година.“ Овим законом је предвиђена могућност поновног избора чланова Управног већа, па самим тим и гувернера Централне банке.

16 Члан 33 став 3-4 Закона о народној банци Румуније (Law No.312/28.06.2004 on the Statute of the National Bank of Romania). У Румунији на челу Народне банке Румуније непуних годину дана од пада комунистичког режима Николаја Чеушескуа (Nicolae Ceaușescu) дакле од септембра 1990. се налази Мугур Изареску Mugur Isarescu), са изузетком једногодишње паузе (1999-2000) када је био премијер. Премијерску функцију 1999. која му је била понуђена од стране председника Републике, прихватио је само уз услов (сем оног да се врши у кратком периоду од годину дана) да после њеног престанка се врати на позицију првог човека румунске централне банке. После скоро две деценије од доласка на чело Народне банке запажено је у стручним круговима 2009. да је Изареску постигао рекорд по дужини вршења ове функције у свету - *Longest Serving Central Bank Governor-world record set by Mugur Isarescu* - www.worldrecordacademy.com, преузето, 5.9.2018. У наведеном чланку се указује да је за време Изарескуових мандата (а последњи мандат на који је изабран још траје) створена и одржавана мистериозна аура у вези целокупне политике Народне банке, а да је сама агенда Народне банке остала независна у односу на било коју Владу Румуније. Ови подаци нам указују колико је битна персонална независност централне банке и да је вероватно најбоље решење да лице на челу централне банке буде политички неутрално, а што се тиче експертског знања са поља економских наука (превасходно монетарне економије, банкарства и макроекономије) оно буде врхунско.

постоје. Иначе учешће парламента у избору гувернера предвиђено је у Бугарској, Црној Гори¹⁷, Хрватској¹⁸, Македонији¹⁹ и Румунији.

Као и у законима других држава који регулишу материју централног банкарства, тако и у српском, предвиђени су разлози који онемогућавају гувернера да врши ту функцију, односно доводе до сукоба интереса између гувернерског положаја и неке друге позиције у јавном или приватном сектору. Као пример наводимо поједине одредбе члана 20 Закона о народној банци Србије. Тако гувернер не може: 1) бити посланик у Народној скупштини, члан Владе или органа или тела које је образовала Народна скупштина или Влада, не може обављати функцију органа или члана органа аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе или синдикалне организације, не може обављати функцију у политичкој странци, нити може обављати било коју другу јавну функцију или јавни посао; 2) бити члан управног, извршног или надзорног одбора или другог органа финансијске институције, предузећа за ревизију или другог лица над чијим пословањем Народна банка Србије врши контролу, односно надзор или с којим сарађује у обављању својих функција, нити може бити запослен у тим лицима, односно њихов сарадник; 3) имати акције, уделе или дужничке хартије од вредности финансијске институције, предузећа за ревизију или другог правног лица над чијим пословањем Народна банка Србије врши контролу, односно надзор или с којим сарађује у обављању својих функција; 4) имати акције, уделе или дужничке хартије од вредности у правним лицима која имају учешће у финансијској институцији, предузећу за ревизију или другом правном лицу над чијим пословањем Народна банка Србије врши контролу, односно надзор или с којим сарађује у обављању својих функција. (став 1 т.1-4). Поред гувернера, Народна банка има и вицегувернере. Народна скупштина по истом поступку као што

17 Особеност црногорског решења је у томе што Централна Банка Црне Горе нема гувернера. Савет Банке је највиши орган Централне банке Црне Горе. На челу Савета се налази председник, који се бира од стране Скупштине Црне Горе (на предлог радног тела парламента надлежног за избор и именовања) на мандатни период од шест година као и остали чланови Савета са могућношћу једног поновног избора. Тиме је сматрамо испуњен услов персоналне независности који се односи на дужину мандата председника Савета и осталих чланова највишег тела црногорске централне банке.

18 „Гувернера Хрватске народне банке именује Хрватски сабор на приједлог Одбора за избор, именовање и управне послове уз мишљење Одбора за финансије и државни прорачун.“ – Чланак 44 став 1 Закона о хрватској народној Банци (*Народне новине*, бр.75/2008, 54/2013)

19 „Гувернера Народне банке Републике Македоније бира Собрање на предлог председника Републике Македоније на период од седам година, са правом једног узастопног избора“ – Члан 70 став 1 Закон за народнота банка на Република Македонија. *Службен весник на Република Македонија*, бр.3/02, 51/03, 85/03, 40/04

бира гувернера бира и вицегувернере, уз једну битну разлику која се односи на овлашћеног предлагача. Док је предлагање избора гувернера Народне банке искључиво право председника Републике, исто такво право је право предлагања избора кандидата за вицегувернере од стране гувернера које упућује Народној скупштини. Као и сам гувернер, тако се и вицегувернери бирају на период од шест година са правом поновног избора. За разлику од избора новог гувернера који се бира на пун мандат од шест године, ако вицегувернеру престане функција пре истека мандата, нови вицегувернер бира се на период до истека мандата вицегувернера коме је функција престала. Поједини послови које гувернер може поверити вицегувернерима ближе се уређују Статутом. Гувернер, на почетку свог мандата, именује вицегувернера који га, кад је гувернер спречен да врши своју функцију, замењује са истим правима и дужностима.

Савет гувернера је трећи орган Народне банке Србије који има председника и још четири члана. Чланове Савета бира Народна скупштина на предлог одбора Народне скупштине надлежног за послове финансија на период од пет година са могућношћу једног поновног избора. Чланови Савета бирају се на пет година,²⁰ с правом поновног избора. Ако члану Савета функција престане пре истека мандата,²¹ нови члан Савета бира се на период до

20 Када је 2012. после избора нове Владе Србије у Народној скупштини донет Закон о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије у образложењу Предлога за доношење нових законских решења а у вези са мандатом чланова Савета и других функционера централне банке се наводи (Члан 13 Закона о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије): Предвиђено је различито трајање мандата функционера Народне банке Србије одређених овим чланом, и то тако да се код првог избора чланова Савета, председник Савета бира на пет година, а остали чланови Савета на четири, три, две и једну годину (сваки наредни избор председника и чланова Савета биће на период од пет година); код првог избора директора Управе за надзор, директор Управе бира се на период од пет година (сваки наредни избор директора Управе биће на период од шест година); након истека мандата вицегувернера изабраних до дана ступања на снагу овог закона, код првог следећег избора један вицегувернер биће биран на период од четири године, други на три године а остали на две године (сваки наредни избор вицегувернера биће на период од шест година). Такође се предвиђа да ће се, у случају престанка функције члана Савета, односно вицегувернера пре истека мандата на који су изабрани, нови члан Савета, односно вицегувернер бирати на период до истека мандата ових функционера којима је функција престала. Оваквим решењем, којим је предвиђено консекутивно трајање мандата наведених функционера, обезбеђује се континуитет у раду органа Народне банке Србије и у будућем периоду.

21 Законом о изменама и допунама Закона о народној банци Србије из 2018. године прецизиране су околности односно временски рокови у вези са престанком дужности функционера у Народној банци. Тако измењени члан 26 гласи: „Гувернеру, вицегувернерима и члановима Савета (у даљем тексту: функционер Народне банке Србије) престаје функција истеком мандата, а пре истека мандата – ако поднесу

истека мандата члана Савета коме је функција престала. Чланови Савета нису запослени у Народној банци Србије али добијају накнаду за чланство у Савету. Најмање један члан Савета мора имати најмање десет година искуства на пословима рачуноводства или ревизије.

Савет гувернера Народне банке Србије има следећа овлашћења: доноси Статут,²² на предлог Извршног одбора; утврђује режим курса динара, на предлог Извршног одбора, уз сагласност Владе; доноси стратегију управљања девизним резервама, на предлог Извршног одбора; одлучује о чланству у међународној финансијској организацији и институцији; доноси финансијски план Народне банке Србије; усваја годишње финансијске извештаје Народне банке Србије; врши избор руководиоца у организационој јединици Народне банке Србије за послове интерне ревизије; врши избор спољног ревизора; разматра извештај спољног ревизора, прати примену препорука тог ревизора у Народној банци Србије; врши надзор над системом финансијског извештавања, управљања ризицима и унутрашњих контрола у Народној банци Србије; оцењује да ли су рачуноводствене политике и процедуре које су усвојене у Народној банци Србије одговарајуће; усваја годишњи план о обављању интерне ревизије у Народној банци Србије (у даљем тексту: интерна ревизија) и

писмену оставку, као и у случају разрешења с функције. Нови функционер Народне банке Србије бира се најкасније до истека мандата функционера коме истиче мандат, а најраније 120 дана пре дана истека мандата. Мандат новог функционера почиње да тече наредног дана од дана престанка функције претходног функционера. Ако функционеру Народне банке Србије функција престане пре истека мандата, нови функционер бира се у року од 90 дана од дана престанка функције, осим ако је нови функционер већ изабран у складу са ставом 2. овог члана." У образложењу Предлога Закона о изменама допунама Закона о народној банци Србије за овакву нормативну конструкцију је наведено: „Поред тога, предлаже се решење којим би се обезбедио континуитет у раду органа и обављању функција Народне банке Србије у случају истека мандата функционера Народне банке Србије. С тим у вези, предлаже се да се пропише да се избор новог функционера Народне банке Србије мора извршити најкасније до истека мандата функционера коме истиче мандат, како би нови функционер почео да обавља функцију одмах по престанку функције његовог претходника. Истичемо да је избор новог функционера централне банке пре истека мандата његовог претходника ради обезбеђења континуитета у раду централне банке уобичајен у упоредној пракси (нпр. Европска централна банка, Банка Енглеске и Банка Словеније), а неспорно је да ово решење има позитиван утицај и на стабилност финансијског система.“

22 Статут Народне банке се потврђује на основу члана 6 Закона о народној баци Србије од стране Народне скупштине а након тога се објављује у „Службеном гласнику Републике Србије“. Овим законским решењем потврђена је надзорна функција Народне скупштине а што је у складу са Уставом. Наиме, Статутом Народне банке регулишу се многа важна питања, а што није само од значаја за унутрашњу организацију и рад централне банке, већ има шире друштвено-економске реперкусије.

периодично разматра извештаје о обављеној интерној ревизији; врши надзор над обављањем интерне ревизије и обављањем усклађености пословања у Народној банци Србије; доноси стратегију развоја Народне банке Србије, коју предлаже Извршни одбор, и прати њено спровођење;

Другим Законом о изменама и допунама Закона о народној банци Србије из 2012. године установљена је Управа за надзор над финансијским институцијама. Тада је у образложењу предлога овог Закона указано је да ће позитиван корак ка приближавању међународним институцијама и упоредноправној пракси централног банкарства бити и образовање Управе за надзор над финансијским институцијама, тј. кроз јачање пруденцијалне²³ и контролне функције Народне банке Србије над финансијским институцијама, а ради јачања финансијске стабилности. Управа за надзор над финансијским институцијама, која је постојала готово шест година као аутономни правни ентитет унутар Народне банке Србије била је надлежна да: обавља послове контроле и надзора над финансијским институцијама; доноси појединачне акте у области надзора над финансијским институцијама, осим аката који се тичу прописа и давања и одузимања дозволе за рад; предлаже Извршном одбору доношење прописа и појединачних аката који се односе на контролну и надзорну функцију; налаже и предузима мере према финансијским институцијама у складу са законом којим се уређује пословање финансијских институција. Значајан положај у руководећој структури Народне банке Србије (у периоду 2012-2018) имао је директор Управе за надзор, који није могао бити из редова вицегувернера. Значај функције коју је обављао овај функционер Народне банке Србије могао се мерити положајем вицегувернера. С друге стране у формалном смислу, директор Управе за надзор био је независнији од вицегувернера (које бира Народна скупштина на предлог гувернера) у односу на гувернера Народне банке узимајући у обзир начин избора. Наиме

23 „Пруденциона политика се дефинише као скуп политика, укључујући регулацију и супервизију с намјером да се очува сигурност и здравље финансијског сектора. При томе, треба правити разлику између микропруденционе и макропруденционе политике. Микропруденциона политика има за циљ да утиче на опрезност код управљања индивидуалним финансијским институцијама, док макропруденциона политика тежи да побољша стабилност и ефикасност финансијског сектора у цјелини. Макропруденциона политика укључује низ потребних мјера којима се осигурава континуитет функционисања платних система, заштита од настанка системског ризика, увођење система осигурања депозита за заштиту малих депозитара и сл.“ (Ganić, 2012:79) Са становишта економске политике али и политике централне банке банке као субјекта економске политике „циљ коме се придаје посебна важност јесте да се осигура стабилност финансијског система. Пропаст једне велике или више мањих банака може довести до изненадне контракције новчане масе, проблема у систему плаћања и отежаној дислокацији у сфери реалне економије.“ (Ibid,79)

било је предвиђено решење, на основу којег је и предлагање (овлашћени предлагач је био надлежни скупштински одбор за послове финансија) и избор директора Управе за надзор потицао од Народне скупштине (избор на пленарној седници парламента) уз право на још један мандат од шест година. Управа за надзор над финансијским институцијама са својим значајним (и управним) овлашћењима и знатним степеном самосталности директора била је добар модел институционалног уређења контроле Народне банке над финансијским институцијама. Ипак законодавац је сматрао другачије, па је Законом о изменама и допунама Закона о народној банци Србије из 2018. укинуо ову Управу а у образложењу Предлога закона (и то као први разлог за доношење Закона) је наведено да: „поједина решења прописана Законом која се односе на организацију контролне функције Народне банке Србије захтевају измене како би се, у складу с досадашњим искуством, створили оптимални услови за даље унапређење те функције унутар Народне банке Србије. С тим у вези, предлаже се да се укине Управа за надзор над финансијским институцијама (у даљем тексту: Управа за надзор), која је образована као посебна организациона целина унутар Народне банке Србије (без својства правног лица), али да се послови надзора и даље обављају у Народној банци Србије у оквиру организационих јединица које су тренутно у саставу Управе за надзор а које би наставиле с радом као основне организационе јединице Народне банке Србије и биле непосредно одговорне органима Народне банке Србије и надлежном вицегубернеру. То су Сектор за контролу пословања банака, Сектор за надзор над обављањем делатности осигурања, Центар за супервизију информacionих система и Сектор за заштиту и едукацију корисника финансијских услуга. Наиме, услед развоја технологије у области пружања платних услуга и појаве нових, небанкарских пружалаца платних услуга у Републици Србији (платних институција и институција електронског новца), као и услед преузимања нових надлежности од 1. јануара 2019. године (издавање и одузимање овлашћења за обављање мењачких послова, контрола мењачког и девизног пословања), појавила се потреба за унапређењем и јачањем супервизијске функције Народне банке Србије. У последњих неколико година приметно је јачање супервизијске функције централне банке, односно преузимање, централизовање или враћање ове функције тамо где је она раније била поверена посебним агенцијама (нпр. Европска централна банка, Банка Енглеске или Централна банка Мађарске). Имајући у виду да се послови из надлежности Управе за надзор обављају у организационим јединицама које су у њеном саставу, а које би наставиле с радом као основне организационе јединице Народне банке Србије – не би било потребе за премештањем запослених у тим организационим јединицама, него би они наставили да обављају послове

које тренутно обављају.“ (Образложење Предлога Закона о изменама и допунама Закона о Народној банци Србије, 2018:6)

Без обзира што су наведени неки примери из упоредног права, сматрамо да је само на изглед централизован модел контроле над финансијским институцијама од стране централне банке а преко Управе за надзор, био боље решење. Прво Управа за надзор је баш преко самог директора имала већу самосталност у односу на гувернера тј. надлежне вицегувернере него што ће то сад имати организационе јединице у оквиру некадашње јединствене целине (а то је наведена Управа): Сектор за контролу пословања банака, Сектор за надзор над обављањем делатности осигурања, Центар за супервизију информационих система и Сектор за заштиту и едукацију корисника финансијских услуга.

Надзор над финансијским институцијама био је и до сада посао Народне банке, али преко засебног тела унутар ње – Управе за надзор, чији је директор, с обзиром и на сам начин избора одговарао и Народној скупштини, имајући у виду чињеницу да је овакав тип надзора ширег друштвеног значаја. Изменама Закона питање одговорности за (не) квалитетан надзор над финансијским институцијама остаје унутар Народне банке и самим тим је отежана спољна контрола од стране парламента. Сада руководиоци организационих јединица бивше Управе за надзор одговарају вицегувернеру и под његовом су контролом. Сматрамо да је била боља опција да надзорно тело какво је била Управа за надзор треба у оквиру организационог система Народне банке да поседују висок степен самосталности и да због управо поменутог ширег друштвеног значаја њихове делатности буду више везани кроз контролу за врховно представничко тело.

3. Правна природа Народне банке Србије у својству вршиоца управе

Појмовни апарат управног права је богат и карактеришу га изрази попут управне ствари, управе, управног акта, а почев од новог Закона о општем управном поступку из 2016.године и нове појмовне категорије: пружање јавних услуга, гарантни акт или управни уговор на пример. Када је реч о термину управа, поставља се питање ко се све може назвати вршиоцима управе у управном систему Србије? Ваља одговорити и на питање шта је управна функција. Она је „једна од правних функција државне власти, које се по својој садржини свде на ауторитативно вршење државне власти (наређивање, заповедање,ограничавање, присиљавање). Управа је државна функција којом она остварује своју власт у свим областима где је то потребно, односно где постоји државни интерес (финансије, правосуђе,

здравство, образовање, култура, социјално старање, итд.)“ (Димитријевић, 2016: 61) „Иступање државне управе као носиоца власти у постојећим облицима биће, додуше, пропраћено ограничењем принуде, њеном строго правно уређеном и контролисаном применом. Ауторитативно иступање управе према грађанима, и то у јавном интересу, биће присутно и у двадесетпрвом веку, просто зато, ако не из других разлога, што се држава мора, и то првенствено преко органа државне управе, ауторитативно старати о правима, обавезама и правним интересима грађана и њихових организација, обезбеђујући услове за њихово остваривање, одмеравајући их и контролишући. Неауторитативно иступање државне управе у нас у току овог века ће свакако расти, по врстама и броју, посебно њено иступање према грађанима чије потребе и интереси за одређеним врстама роба и услуга расту, из дана у дан.“ (Бачанин, 2011:782-783) Делатност управе се огледа путем путем доношења управних аката, вршења управних радњи, закључивања управних уговора или пружања јавних услуга. Унутар вршилаца управе, треба одредити место централне банкарске институције – Народне банке Србије.

Међу теоретичарима управног права, спомињу се изрази државна управа и јавна управа, и они своје окриље налазе у правном систему Србије када се ради о државној или јавној управи у органском смислу, али не и када је реч о значењу управе у функционалном смислу. Државна и јавна управа у органском смислу, односно њено одређење, добија се одговором на питање ко врши управну функцију. Реч је о једном делу државног апарата – једна особена врста државних и недржавних органа и организација. Управа у функционалном смислу означава једну посебну делатност државе. Значајан је број вршилаца управе у правном систему Србије који су притом и разнородни. У том набрајању, прво место заузимају министарства, други органи управе, посебне организације, Народна скупштина Републике Србије, Влада Републике Србије, председник Републике Србије, судови, Народна банка Србије, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе, као и јавна предузећа, установе и друге недржавне организације. Правна природа ових органа и организација када оне врше управну делатност је различита, па се вршиоци управе могу поделити у две најзначајније групе и то: 1) државне и недржавне вршиоце управе и 2) главне и споредне вршиоце управе. Базична карактеристика државних вршиоца управе је то да се они налазе у оквиру државног апарата и међу њима су: министарства, други органи управе, посебне организације, парламент, Влада, шеф државе, судови као државни неуправни органи и Народна банка Србије. Ван државног апарата, налазе се недржавни вршиоци управе, а то су органи територијалне аутономије и локалне самоуправе

и предузећа, установе и друге недржавне организације. Имајући у виду да је управном систему Србије управна функција, функција власти, правило је да се она поверава државним органима и организацијама, а пре свега органима управе којима је вршење управних активности најважнија надлежност. То не значи да се поред ових активности не обављају и одређене неауторитивне активности. Осталим вршиоцима управе, вршење управне функције није основна делатност, већ је она помоћна или акцесорна активност оној делатности која је карактеристична као базична делатност тим осталим вршиоцима управе. Међу њима су да поновимо: посебне организације, државни неуправни органи, јавне агенције и Народна банка Србије. Да би могли да врше управну делатност, свим вршиоцима управе кроз Устав и законе неvezано од њихове правне природе, то овлашћење мора бити додељено. Органи и организације јавне управе уважавајући чињеницу да ли је вршење управе основна делатност или не, могу се поделити на главне и споредне вршиоце. Када је реч о споредним, односно можда је правилније рећи осталим вршиоцима управе, у њих смо сврстали посебне организације државне, неуправне органе, Народну банку Србије, недржавне организације, органе територијалне аутономије и органе локалане самоуправе.

У овом раду указано је на бројне циљеве и функције које централне банке имају у различитим системима организације централног банкарства. Место такозваних банки банака у мозаику вршилаца управе у појединим правним порецима, директно зависи од њихових циљева и функција, односно од правне природе. То исто важи и за Народну банку Србије. У раду је пре расправе о правној природи Народне банке Србије значајан део посвећен њеном положају а у оквиру тога приметна су значајна управна овлашћења и наглашени јавноправни елемент у њеној организационој структури. О правном карактеру Народне банке Србије, када је реч о њеном својству као вршиоца управе, није превише расправљано у српској теорији управног права. С друге стране, економска теорија томе је посветила велику научну позорност. „Економска (банкарска) литература која до танчина истражује питања настанка, функција, структуре циљева и задатака централне банке, као и степена њеног интегритета у односу на остале носиоце власти у држави, ово питање готово и да не разматра. Разлог не лежи у чињеници да је реч о проблему који је превасходно правне природе, већ је у констатацији да међу научницима који се баве монетарном економијом, постоји потпуна сагласност да је централна банка државни субјект, и то државни орган, па чак „четврта државна власт.“ У правној науци, међутим ситуација је другачија. Не само да нема озбиљније анализе о правној природи централне банке (па ни наше Народне банке), већ не

постоји ни сагласност о томе да ли је реч о државном или недржавном субјекту, а камоли да ли се ради о државном органу, организацији, установи, институцији... Проблем је утолико сложенији када се имају у виду природа и карактер послова које централна банка обавља, односно последица које (не)вршење њених функција са собом носи.“ (Рељић, 2006:56)

Указујући на организацију и надлежности Народне банке Србије, које су одређене пре свега али и не само Законом о Народној банци Србије, произилази да српска централна банка улази у круг вршилаца управе. У управно-правној теорији у нашој науци не постоји сагласност да ли Народна банка представља државног или недржавног, главног или споредног вршиоца управе. То се може одгонетнути само кроз правну природу централне банке. Већинско је мишљење у управно-правној књижевности да је реч о недржавној организацији, али и парадржавној институцији, која је блиска класичним државним организацијама, када се узме у обзир њено образовање и овлашћења која има на основу позитивних законских прописа.

Тако професор Драган Милков примећује да оно што Народној банци Србије даје посебан карактер је да „она врши управна овлашћења, што значи да има могућност ауторативног иступања. Ова банка представља посебну државну институцију. Не спада у класичне државне органе, али им је по свему блиска: по начину образовања и по овлашћењима.“(Милков,2016:89) Исти аутор је слично писао и о правној природи Народне банке Југославије у својству вршиоца управе указавши да она „представља самосталну и јединствену емисиону установу монетарног система СРЈ, која је одговорна за монетарну политику, за стабилност валуте и финансијску дисциплину и обавља друге послове одређене савезним законом ... Ова банка представља парадржавну институцију.“ (Милков,2001:94)

Поједини аутори указују да се из појединих закона као на пример, Закона о народној банци Србије, може „закључити да осим општег појма организација постоји категорија самосталних организација. Овим самосталним организацијама поверава се поред осталог и вршење јавних овлашћења. Самосталне организације се образују за обављање рада на задовољењу општих интереса и потреба од ширег значаја. Самосталне организације у извесном смислу имају карактер специфичних друштвених структура које су тесно повезане са одређеним територијално политичким заједницама. Законима којима се одређују активности поменутих самосталних организација, одређује се и одговарајући обим самосталности ових организација како према органима територијално политичких заједница, тако и према организацијама са којима успостављају одређене

односе. У категорију самосталних организација за сада се може уврстити само Народна банка Србије ... Народна банка овлашћена је да доноси одговарајуће прописе као сопствену ексклузивну нормативну функцију, регулишући услове и начин обављања платног промета са иностранством или начин вођења девизне штедне књижице и девизног рачуна. С друге стране, Народна банка доноси управне акте против којих нема места жалби, те се њихова правоваљаност може нападати искључиво тужбом у управном спору.“ (Поповић, Петровић, Прица, 2011: 146-147)

Професори Стјепановић и Лилић, слично указују да је Народна банка Србије недржавни субјект, коме могу бити поверена јавна овлашћења и која је вршилац управне делатности. Исти аутори примећују да је Народној банци Србији омогућено вршење неких облика управног надзора. (Stjepanović, Lilić, 1991: 172-173) Професор Богољуб Милосављевић, Народну банку Србије убраја у посебне државне организације која „има управна овлашћења и доноси управне акте којима предузима одређене мере (упућивање писмене опомене и налогодавног писма, изрицање налога за отклањање неправилности уз изрицање новчане казне, увођење принудне управе и одузимање дозволе за рад).“ (Милосављевић, 2017: 191) Професор Зоран Томић, на својствен и оригиналан начин указује на правну природу Народне банке Србије. По његовом схватању „Народна банка Србије (НБС), није државна банка, није део државне организационе структуре, али јесте централна емисиона банка, банка државе Србије. Она врши специјалну целовиту уставно-изворну државну власт и то ону монетарну и банкарско-контролну (као најважније), првенствено у складу са ЗНБС. За разлику од предузећа, установа (и других организација), са повереним и јавним-управним овлашћењима, њена ауторитативна овлашћења су неодвојива од њене укупне делатности, чинећи њену суштину. Прерогативе НБС нису неки „поверени ауторитативни додатак“, нечијој и некој неауторитативној делатности (примерице електропривредној, здравственој, високошколској итд.).“ (Томић, 2018: 181) Када овај аутор набраја функције Народне банке на основу члана 4 Закона о народној банци Србије, указује да приликом утврђивања и спровођења монетарне политике ова банка доноси одговарајуће прописе као сопствену, ексклузивну подзаконску-нормативну власт (кад одређује услове и начин обављања платног промета са иностранством или начин вођења девизне штедне књижице и девизног рачуна. Томић указује да издавање или одузимање дозволе за рад, контрола бонитета (ваљаности пословања, поузданости, тј. кредибилности) и законитости пословања банака и других финансијских организација, предузимање одговарајућих мера и доношења прописа из те области, нарочито оних којима се утврђују стандарди опрезног

банкарског пословања, што све, такође, представља и садржину њених изворних, јавних, посебно управних ингеренција. У својим ранијом уџбеничким издањима Управног права, професор Томић је нагласио да су у делатност Народне банке Југославије „усађена бројна и снажна јавна овлашћења. Осим услужне и стручно-техничке припадају јој и друге важне јавноправне функције.“ (Томић, 1998:247) Професорка Невенка Бачанин указује да Народна банка Србије не припада државном апарату и да није реч о државној банци, „мада је по низу својих овлашћења, посебно начину образовања и овлашћења, блиска државним органима. Ауторитативна овлашћења Народне банке Србије, нису овлашћења која су јој поверена уз њену основну делатност... За разлику од јавних, односно управних овлашћења поверених предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама.“ (Бачанин, 2011а:172) Наведена ауторка Народну банку Србије сврстава у део недржавне јавне управе у правном систему Србије, с обзиром да овај тип јавне управе врше субјекти изван државног апарата (и народна банка), али по посебном правном основу.

Сада судија Управног суда Зоран Рељић, чије се мишљење разликује од наведених, указује да је „централна банка субјект који врши монетарну власт, као део државне власти, односно државни субјект.“ (Рељић, 2006:69) По његовом мишљењу народна банка се „не може третирати као државни орган“, већ као посебан орган државне власти који је комплеметаран са извршном влашћу земље и као такав чини симбиозу органског остваривања финансијске функције државе.

Можемо запазити да један број аутора који је бројачно већински, сматра да је Народна банка Србије недржавна организација, док други мањи број је сврства у државни апарат, третирајући је као државну организацију, односно као државни орган.

4. Закључак

Мишљења смо, да је Народна банка Србије, уважавајући позитивноправне прописе, односно анализирајући их, државни субјект и да спада у државни апарат. Она представља самосталну државну организацију, а послови које врши су значајни, не само на макроекономском и финансијско-банкарском плану, већ и на општедруштвеном. Аргументи који говоре у прилог да Народна банка у правном систему Србије није државни орган, могу се свести на неколико следећих мисли. Као и други државни органи да је и Народна банка државни орган, она би морала бити носилац неког вида државне власти. Она врши монетарну функцију, али монетарна функција, или „монетарна власт државе“ није Уставом категорисана као посебна

четврта власт државе. То што је Народној банци поверена монетарна функција, не значи да се она може одмах сматрати државним органом, а поготово што монетарна функција није превасходно правног карактера. Док државни органи управе немају својство правног лица и изворну буџетску аутономију, то је управо карактеристика Народне банке Србије. Такође и друге државне организације имају својство правног лица и буџетску аутономију. Уставотворац је додуше желео да посебно укаже на њен државни субјективитет и значај циљева и функција, које врши Народна банка, када је у Уставу у одељку V под насловом „Републички органи“, конституисао, односно убројао и Народну банку Србије. Тиме је ипак непотребно појмовно Народна банка окарактерисана као државни орган. Народна банка Србије је самостална неуправна државна организација са не малим бројем сличности у односу на државне органе.

У својству вршиоца управе, међу њеним значајним функцијама, садржана су управна-јавна овлашћења која се могу поделити у три групе. Управна овлашћења која се односе на оснивање банака, организације које се баве пословима осигурања и других финансијских организација чине прву групу. Управна овлашћења Народне банке у оквиру њене контролне функције, представљају другу групу јавних овлашћења, а трећу чине управна овлашћења Народне банке приликом одузимања дозволе за рад банкама, организацијама које се баве делатношћу осигурања или другим финансијским организацијама укључујући и дозволу за обављање мењачких послова и послова платног промета. Дакле, управна овлашћења су инхерентна вршењу неких основних функција Народне банке, за разлику од других недржавних субјеката, као што су предузећа, установе и друге организације, који постају недржавни субјекти управе, тек законским поверавањем. Народна банка јесте вршилац управе, али не главни, с обзиром да међу бројним функцијама које обавља и циљевима које остварује, само вршење управе не представља њену основну функцију.

Литература/References

Aufricht, H. (1965). *Comparative Survey of Central Bank Law*, Stevens & Sons, London.

Бачанин, Н. (2007). *О правној контроли управне функције Народне банке Србије*: С

Бејатовић, (приредио) *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*, књига II, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за друштвене науке, Крагујевац, 41-48

Бачанин, Н. (2011). *Управно право, књига I-Уводна и организациона питања*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац,

Бачанин, Н. (2011а). *Управа – власт или/и јавна служба*, у: М.Мићовић (ур.) *XXI век – век услуга и услужног права*, Књига I, Институт за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 767-784

Božić, M. Golubović, S. Božić-Miljković, I. (2013). *Ekonomska politika*, PUNTA, Niš.

Ganić, M. (2012). *Međunarodna regulacija u bankarstvu*, Internacionalni Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo.

Gaspari, M. (1988). *Neki otvoreni problemi finansijskog i centralnobankarskog sistema i monetarne politike u Jugoslaviji*, Jugoslovensko bankarstvo, 9, 5-18

Димитријевић, П. (2016). *Управно право – општи део*, СВЕН, Ниш.

Милков, Д. (2001). *Управно право I, уводна и организациона питања*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад.

Милков, Д. (2016). *Управно право I – уводна и организациона питања*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад.

Милосављевић, Б. (2017). *Управо право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд.

Ott, K. (1990) *Centralno bankarstvo u federativnim državama s posebnim osvrtom na Jugoslaviju*, doktorska disertacija, Univerza v Mariboru, Ekonomsko-poslovna fakulteta, Maribor.

Поповић, С. Петровић, М. Прица, М. (2011). *Управно право-општи део*, Свен, Ниш.

Рељић, З. (2006). *Правна контрола надзорне функције Централне банке, са посебним освртом на Народну банку Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, магистарски рад, Београд.

Stjepanović, N. (1973). *Управно право у SFRJ – општи део, кратки удџбеник за студенте права, књига II*, Privredni pregled, Beograd.

Stjepanović, N. Lilić, S. (1991). *Управно право: општи део*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd.

Томић, З. (1998). *Управно право-систем*, JP Službeni list SRJ, Beograd.

Томић, З. (2016). *Опште управно право – организационо, материјално, процесно*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд.

Томић, З. (2016). *Опште управно право – организационо, материјално, процесно*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд.

Milan Rapajić, LL.D.

Assistant professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

**LEGAL NATURE OF THE NATIONAL BANK IN
THE CAPACITY OF THE ADMINISTRATOR
(central banking, position and
legal character of the National Bank)**

Summary

The position of a central bank in a particular country and its economic system depends on: the constitutional norms, the central bank law defining the institutional structure, functions and powers of the central bank and other legislation, such as the law on banks. A significant part of the work focuses (and before moving to the main topic because of the interrelationships between the position and the role of the National Bank as the administrator) on the position, organization and administrative powers (and not only that powers) of the National Bank of Serbia.

The exercise of public authority is an inherent feature of the state apparatus. In the Republic of Serbia, the administrative is entrusted to the state administrative authorities and organisations. The primary role of administrative bodies is to perform administrative activities, while the administrative function of non-regulatory state bodies and the National Bank of Serbia is an accessory activity within the scope of their responsibilities. Considering the classification into the primary and subsidiary administrative bodies, the Serbian National Bank falls into the group of subsidiary administrators. Authors note that the legal nature of Serbian National Bank has not been given due attention in the administrative law theory.

The National Bank of Serbia is neither an administrative body nor a special administrative organization. It is not a state non-regulatory body either. The fact that an entity is entrusted with performing authoritative activities does not imply a changed in its legal nature. The Serbian National Bank can not be considered to be a state authority because it performs the function of the monetary authority. It has capacity of a legal entity as well as budgetary autonomy, which are not the characteristics of state administration authorities (ministries). Thus, authors note that the National Bank of Serbia is not principal administrator, given the fact that administrative activities are not its primary function.

Keywords: *central banks, organization, National Bank of Serbia, legal nature.*

Др Марко Димитријевић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881221D

UDK: 336.74
339.7

Рад примљен: 30.09.2018.
Рад прихваћен: 10.11.2018.

ЕЛЕКТРОНСКИ НОВАЦ У САВРЕМЕНОМ МОНЕТАРНОМ ПРАВУ**

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте сагледавање правног регулисања електронског новца у савременом монетарном праву. У том контексту се у првом делу рада указује на основне постулате правног дефинисања појма новца, који се огледају у принципима државне и друштвене теорије новца. Потреба за правним дефинисањем новца проистиче из незадовољавајућег поступања судова у монетарним споровима, односно одлука које нису адекватно аргументоване. У другом делу рада указује се на утицај електронских медија на развој монетарног права, који се данас највише може уочити у појави електронског новца који редефинише традиционална схватања појма и функције новца. Електронски новац показује одређене сличности са традиционалним *monnaie scripturale*, али је *de facto* нов институт у међународном монетарном праву због чега се мора оптимално регулисати са монетарноправног становишта, што је, према мишљењу аутора, услов његове адекватне примене и остваривања сврхе у постинформатичком друштву. Предмет нарочите анализе јесте улога Европске централне банке у процесу регулисања, издавања и употребе електронског новца који има значајне импликације не само на заштиту права потрошача и одржавање унутрашње монетарне стабилности, већ и на очување тековина и вредности међународног монетарног поретка.

Кључне речи: монетарно право, монетарна јурисдикција, електронски новац, државна теорија новца, Европска централна банка, *lex monetae*.

* markod@prafak.ni.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (Д179046), који финансира Министарство науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Још од почетних година свог настанка, новчани систем јесте уговорне природе, али се термин уговорна овде не односи на уобичајено значење које има у приватном праву, већ се под њим имплицира скуп правила прихваћен од стране свих државних и правних механизма власти. Сходно томе, новац је у основи неповратно променљив, па самим тим закони којима се уређује монетарни систем једне земље нису задати *ad infinitum*, већ су склони еволутивним променама (Bytтеbier, 2017: 16). Развој електронског новца то најбоље илуструје, имајући у виду промену правног третмана физичке супстанце нових платежних средстава, дилему одређивања адекватног издаваоца (где у неким монетарним јурисдикцијама то могу бити и субјекти приватног права) и развијање посебних финансијских стандарда који гарантују тајност података, заштиту права личности и права потрошача.

У разматрању правног дефинисања појма новца у монетарној литератури се не може наићи на опште прихваћену дефиницију која би успешно обухватила све његове карактеристике и појавне облике од значаја за привредни промет. У том контексту мора се имати у виду да успешно правно дефинисање појма новца имплицира и познавање битних елемената његовог дефинисања у економском смислу (које је конзистентније и не оставља простора за недоумице). Тако, економисти у дефинисању новца примењују *функционални приступ*, који полази од основних функција новца у савременој привреди, и то као: средства размене, мере вредности, тј. стандарда при утврђивању уговорних облигација, средства очувања вредности и обрачунске јединице. (Proctor, 2005: 9–10). Приметно је овакво дефинисање новца на начин *en general* у правној науци мора имати одређене задршке, јер сам појам новца може имати различита значења у зависности од контекста у коме се употребљава и конкретних ситуационих оквира (стога правна наука мора дефинисати новац унутар оквира у коме његова употреба производи одређене правне последице). Потреба за правним дефинисањем новца проистиче из незадовољавајућег поступања судова у монетарним споровима, односно одлука које нису увек адекватно аргументоване (преоптерећене комплексним доктринама) и не доприносе расветљавању монетарних контроверзи, где правне потешкоће имају и изражен финансијски и политички карактер (Nussbaum, 1939: 2–3). Уколико сагледамо монетарну историју у различитим етапама робно-новчане привреде, несумњиво можемо закључити колико је уплив права у материји новца био неопходан.

2. Појам новца у монетарном праву

Уопштено говорећи, у разматрању појма новца као правне категорије у монетарноправној литератури се прави разлика између ставова представника тзв. *државне теорије новца* и *друштвене теорије новца*. Заступници државне теорије новца у први план стављају улогу државе, која као носилац монетарног суверенитета ужива правни монопол у издавању новца. Представници друштвене теорије сматрају да је став јавног мњења пресудан у одређивању појма новца. У дефинисању новца као правне категорије *Ман (Mann)*, као један од водећих теоретичара монетарног права, истиче да се под правни појам мора подвести сва покретна имовина издата од стране правних ауторитета којима је држава делегирала то право, која је деномирана као средство обрачуна (плаћања) и која под законом прописаним условима служи као средство плаћања (Ibid, 15). Иако на први поглед може деловати да је друштвена теорија новца подеснија за сагледавање монетарног права Европске монетарне уније (ЕМУ) и да државна теорија у околностима такве комплексне монетарне уније губи смисао, таква констатација захтева детаљну анализу. Наиме, идеологија државне теорије новца не забрањује државама да се упусте у процес монетарног уједињења и увођење јединствене валуте.

Такође, представници струје тзв. институционалне теорије новца су ставова да појам новца није детерминисан искључиво на готов новац и новац у оптицају, већ обухвата и дематеријализовани концепт новца попут депозитних захтева према кредитним институцијама које представљају посебан скриптурални новац, посматрано у контексту апстрактних новчаних захтева са реалним покрићем (Lastra, 2015: 16–18). Ова теоријска концепција се базира на два стуба: 1) независној централној банци која гарантује стабилну понуду новца и 2) правном оквиру који подржава њену независност, где организовање правних тендера остаје само усамљен концепт у модерном друштву, јер се готов новац све више потискује из платног промета. То имлицира да се концепт тендера ограничава на званичну (државну) стандардизацију дизајнирања појавних облика готовог новца и да је вредност новца независна од таквог техничког поступка која, према мишљењу *Де Викуна (Sainz de Vicune)*, као једног од водећих представника модерног међународног монетарног права, у њему не може имати своје упориште. *Можемо уочити* да институционална теорија новца представља посебан облик државне теорије, где се минимизира значај правног тендера, због чега може остати једнострана у сагледавању свих битних карактеристика новца. Јасно је да између свих поменутих теорија постоји *комплементаран однос*, и да ни једна *per se* не

може понудити универзалну дефиницију правног појма новца због чега иста изостаје из монетарних законских текстова.

3. Карактеристике електронског новца у монетарном промету

Адекватна монетарна легислатива мора бити постављена у функцији остваривања општег друштвеног интереса конкретне заједнице, тако да за разлику од осталих облика чисто цивилистичке легислативе, она не може бити неко *тривијално питање умешне номотехнике* (које за доброг монетарног законодавца не мора представљати проблем). Појам новца је у својој природи вишеслојан, те правна наука не може игнорисати и његове економске функције и психолошке ефекте које његова примена са собом доноси у виду различитих дисторзивних ефеката (промена у понашању) грађана у односу према новцу, његовим функцијама, сврсисходности и значају у свакодневном животу. Истовремено, битна околност савремених новчаних токова јесте и чињеница да се под монетарним трансферима све мање подразумевају готовинске исплате у смислу коришћења банкнота или кованица које све више постају реликт прошлости, јер поједине монетарне јурисдикције и децидно забрањују такве исплате које се морају заменити коришћењем чекова или вирманских налога у циљу борбе против пореске евазије. Таква обавеза постоји у француском монетарном законодавству за све комерцијалне исплате чија висина прелази износ од 5 000 франака, као и за личне трансфере међу физичким лицима чија висина прелази износ од 150.000 франака (Ucher, 2000: 4–5).

Развој монетарног права у претходне две деценије указао је на потребу прилагођавања постулата државне (институционалне) и друштвене теорије новца захтевима постинформатичког друштва и развоју нових технологија. У том смислу долази до фундаменталне промене приступа правном дефинисању појма новца и валутне јединице, што је нарочито постало уочиво усвајањем првих амандмана на Споразум о оснивању Међународног монетарног фонда (ММФ) и коначном напуштању златног стандарда (1978), чиме се практично аболирала веза између валутне јединице и вредности реалне економске имовине од које је иста начињена. Појава електронског новца означила је почетак тзв. тихе револуције у монетарним законодавствима широм света и постепени прелазак са традиционалног (банкотног) система на систем електронског плаћања. Разлог због чега су грађани прихватили електронски новац лежи у чињеници што су поменуте промене реализоване на пажљиво и сврсисходно вођен начин без потребе да грађани у улози монетарних корисника нагло мењају своје економско понашање, тј. субјективни однос

према традиционалном новцу који и даље ужива висок степен поверења (Fajfar, 2004: 1–5).

Теоретичари монетарног права у објашњавању нових тенденција у погледу правног регулисања монетарних односа често користе аналогију која указује на тзв. радикалан прелазак из Коперникове ере (у којој се све вртело око сунца – сада злата) према Ајнштајновој ери универзалне релативности (Giovanolì, 1996: 3–24). Монетаристи често користе ову аналогију у поимању нових тенденција у развоју међународног монетарног права, имајући на уму да је поменути астроном истовремено и творац пионорског дела из области монетарне материје „*De moneta Cudenata ratione*“, насталог још у 15. веку. Занимљиво је истаћи да је и *Едвард Белами (Edward Belami)* у свом утопијском роману „Поглед уназад“ (енг. *Looking Forward*) из 1888. године на својеврстан начин, такође, предвидео формирање друштва у коме се неће користити готов новац и антиципирао напуштање фиксног девизног курса. Иако је у одређеним питањима поменуто дело прилично радикално, јер предвиђа и потпуно укидање комерцијалних и централних банака, несумњиво је да је ауторов смисао виспреног разумевања начина на који се одвијају и законом регулишу монетарни односи био више него импресиван. Оно што се у поменути делима не наглашава јесте процес глобализације економских токова и појава финансијских конгломерата, који су у садејству са развојем телекомуникационих технологија омогућили прометање велике количине новца у привредном саобраћају без значајнијих ограничења за релативно кратко време, што је свеукупно довело до појаве виртуелног новца на глобално интегрисаном финансијском тржишту.

Данас, у свету постоји више од 200 различитих монетарних јурисдикција које се ослањају на традиционалне поставке монетарног права које су развили творци ове гране права попут *Мана*, *Хана* и *Насбаума* у сегменту који се тиче правног концепта новца, политике девизног курса и супервизијске улоге централне банке, али постоји реална и логична потреба њиховог прилагођавања новонасталим околностима које се огледају у *три битна поља* која се морају адекватно правно регулисати, и то: физичке супстанце нових платежних средстава, редефинисања валутне јединице и питања издавоца електронског новца. С тим у вези поставља се питање додељивања најзначајнијег правног овлашћења из монетарног суверенитета *lex monetae* и одређивања његовог титулара. Још увек не постоје јединствени ставови о томе да ли би се у овој улози требала наћи држава, односно централна банка (као што је то до сада био случај са традиционалним новцем) или целокупни банкарски систем (што би укључило и комерцијалне банке у овај процес) или нека међународна монетарна организација какав је Међународни монетарни

фонд). Додељивање *lex monetae* централној банци као врховној монетарној институцији националног монетарног права делује као логично решење, али морамо се запитати да ли је такво решење нормативно ефикасно, с обзиром на то да се од централних банака данас очекује да обављају велики број задатака, како на терену монетарне стабилности, тако и на терену опште финансијске стабилности. Наиме, од централних банака се све више очекује да обављају и улогу банке последњег уточишта (енг. last bank resort), као и друге задатке из сфере макропруденцијалне политике (Golubović, 2014: 589–600). Стога решења појединих монетарних законодавстава у свету право издавања електронског новца додељују и комерцијалним банкама или влади (што може бити повезано са одређеним потешкоћама, јер се овим задацима превасходно требају бавити монетарни агенти). Тако се и централна банка може посветити остваривању жељеног привредног раста за номинални домаћи бруто производ који је конзистентан са инфлационим задацима и реалним економским растом (Jordan, 2016: 369–370). ММФ као примарни субјект међународног монетарног права мора вршити глобални надзор над монетарном политиком која све више добија поменути „електронски израз“, што имлицира да сви поменути субјекти морају учествовати у одређеном степену у стварању електронског новца не би ли сам процес добио на компонентама легалитета и легитимитета.

Појава електронског новца, *према нашем мишљењу*, битно не модификује монетарне прерогативе које произлазе из монетарног суверенитета државе, већ их само прилагођава новонасталим привредним приликама. Савремени концепт монетарног суверенитета несумњиво прати концептуални континуитет доктринарног и историјског порекла класичног монетарног суверенитета, али је у својој основи данас изразито *динамичан*, јер његове позитивне и нормативне компоненте непрекидно еволуирају у условима међународног економског окружења, а то се у овом случају јасно потврђује (Димитријевић, 2017: 649).

Као што у праву не постоји универзална дефиниција новца у традиционалном смислу, приметно је одсуство и правне дефиниције електронског новца (мада постоје различите економске и техничке дефиниције истог). Ипак, присуство електронског новца као законског средства плаћања захтева и трагање за адекватном правном дефиницијом што мора започети разматрањем услова под којима се електронски новац користи у правном промету и компаративном анализом његових карактеристика са традиционалним новцем (Sugiura, 2009: 511–517).

Електронски новац се у савременим привредним приликама посматра као својеврсни електронски сурогат физичког новца (Siddik-Yurtçiçek,

2013: 281). Електронски новац се први пут појавио у *Јапану* средином осамдесетих година прошлог века у виду припејд картица које су одређене телефонске компаније, железнице и превозници прихватили као средство плаћања, док се у *Европи* и *САД* електронски новац појавио почетком деведестих година са циљем замене коришћења готовинског новца за трансакције мале вредности (примери *Мондекса* и *Данмонта*). Електронски новац јесте дигитализована монетарна облигација, па сходно томе најпотпунија дефиниција електронског новца у савременој монетарној литератури јесте она где се он посматра као „скуп информација који се преноси издавањем електромагнетног износа заснованог на уговорној обавези са издаваоцем електронске валуте у циљу испуњења новчане облигације одређене конкретним уговором“ (Ibid).

Правни основ издавања и употребе електронског новца утврђује се великом бројем закона где се као *основни* могу препознати закон о централној банци и закон којима се регулише рад и пословање комерцијалних банака, док се као *допунски* јављају одређена решења у трговинском законнику, закону о општем управном поступку (електронски потпис), закону о девизном пословању, као и кривичном законнику. *Можемо уочити* да се овако широко постављен законски основ налази у функцији заштите правне сигурности и права потрошача, јер употреба електронског новца може донети одређене неизвесности које се морају елиминисати. За монетарне законодавце земаља које немају богату праксу у употреби електронске валуте, постављање нормативног регулисања њене употребе на широкој основи је од пресудног значаја за сигурност пословања.

Примена традиционалног монетарног права на електронски новац остаје без успеха због чега је потребно новелирати поставке на којима се заснива. Електронски новац се у монетарној литератури најчешће посматра као облик трансферне вредности садржане у дигиталном формату на компјутерском фајлу или микропроцесору који је део паметне картице (Craford, Sookman, 2000: 371–372). Да би електронски новац био прихваћен у правном промету, неопходно је да се испуне одређени захтеви које, условно речено, можемо класификовати у монетарноправне захтеве у *ширем* и у *ужем* смислу. Захтеви у *ширем* смислу имплицирају да електронски новац као платежно средство буде прихваћен унутар граница једне монетарне јурисдикције; да представља финално средство плаћања ослобођено кредитних и других услова; да може слободно да циркулише у правном промету; и да је самоодржив – што значи да не захтева ново прикупљање, клиринг или поравнање (Ibid, 374). Поред поменутих услова, постоји и *захтев у ужем смислу*, који се тиче његовог судског признања у монетарном спору и третирања као стандардне валуте, јер појава електронског новца

у спољнотрговинском промету *per se* у монетарном праву остаје само фактичка чињеница и ништа више од тога. Свакако, да би овај услов у пракси био имплементиран на правноваљани начин, неопходно је да суд поседује специјализована знања за решавање монетарних спорова, као посебне категорије управних спорова у којима се реализује активна или пасивна процесна легитимација централне банке, односно у којима учествује ММФ у својству умешача (Димитријевић, 2016: 210).

Адекватно регулисање електронског новца захтева институционалне промене које обухватају, како усвајање закона који се баве заштитом потрошача, тако и укључивање различитих индустријских грана у систем електронског плаћања (Kanda, 2000: 385–393). Тако се, примера ради, у јапанском монетарном праву, нарочито инсистира на примени функционалног приступа у развијању и побољшању електронског новца где се он карактерише као посебно „инфраструктурно плаћање“.

На овом месту *морамо нагласити* да се појам електронске валуте не треба поистовећивати са тзв. Криптовалутама, које представљају форму дигиталног новца. Управо из тог разлога криптовалуте, које се интензивно развијају последњих двадесет година, не уживају монетарноправни третман, јер нису регулисане од стране било ког монетарног законодавства у свету. Истовремено, употреба ових „скривених валута“ повезана је са бројним несигурностима које се огледају у одсуству банкарске контроле које се не јављају као финансијски посредници у њиховом коришћењу, одсуству издаваоца (јавног или приватног субјекта права), отежаној заштити права личности и приватности његових корисника, као и свим осталим неизвесностима које подразумевају губитак вредности услед уништавања софтвера за његово креирање. Данас се стало на становиште да и електронски новац издат од стране приватних субјеката (а који је судски признат као новац) може бити прихваћен као законско средство плаћања, што, наравно, не значи да централна банка губи своју позицију, јер се функције надзора у овом случају само додатно појачавају, док се она истовремено растерећује одређених техничких послова који се тичу поступка креирања електронског новца.

4. Отворена питања у вези са употребом електронског новца у привредном промету

Када се електронски новац први пут појавио деведесетих година прошлог века у монетарном праву САД, његов утицај на имплементацију монетарне политике био је предмет низа конференција одржаних од стране ММФ-а и Удружења за међународно монетарно право (МОКОМИЛА). Значајне кораке

на његовом признавању предузела је и Европска централна банка (ЕЦБ) као главни субјект европског монетарног права. Наиме, ЕЦБ је у Извештају из 1998. године први пут указала на проблематику регулаторних питања издавања и употребе овог облика новца наглашавајући да издаваоци (било приватни или јавни) морају бити уведени у систем пруденцијалне контроле и да морају бити законом обавезани да откупе електронски новац уколико корисници желе да га замене за традиционални новац који издаје централна банка. (ЕСВ, 1998: 101–105). Такође, у Извештају је децидно наглашено како корисници електронске валуте морају бити уведени у систем транспарентне и свеобухватне правне контроле (тзв. монетарних аранжмана у ужем смислу) и строго формализованих захтева техничке сигурности.

Сви поменути захтеви су мање више решиви, јер се приватност и тајност може осигурати добрим криптографским софтверима, док борба против различитих облика финансијског криминалитета, било у облику прања новца или финансирања терористичких организација, захтева координисане напоре свих националних и наднационалних монетарних агената. У том контексту велики допринос могу дати и Дирекција Европске комисије за сузбијање финансијских превара (енг. The European Anti-fraud Office – OLAF), који развија макроекономски дијалог и строго сарадњу са ЕУРОПОЛ-ом и ЕУРОЈУСТ-ом на том плану (Simone, Xenthaki, 2011: 121–131). Посебан изазов у вези са употребом електронског новца тиче се утврђивања идентитета корисника и провере трансакције. Успостављање превентивних контролних механизма веома је значајно, јер систем електронског плаћања може бити предмет потенцијалног терористичког напада услед тога што представља део критичне информационе инфраструктуре од које зависи међународни финансијски систем. Појава електронског новца *de facto* је условила и одређене промене у регулисању међународног монетарног поретка, односно техника уговарања и структуре међународних монетарних односа који се формализују закључивањем међународних уговора (Gold, 1984: 30–37).

Наглашавамо да позиција централне банке, *према нашем мишљењу*, и даље остаје кључна у процесу издавања и употребе електронског новца, чак и када се у улози издаваоца налазе приватни субјекти из разлога правне сигурности и очувања монетарне стабилности као чистог јавног добра. Издавоци имају обавезу подношења монетарних статистика на њен захтев, након чега централна банка може поставити одређена ограничења везана за положај приватног издаваоца електронске валуте и тако детерминисати свеукупну „масу“ електронског новца у оптицају. Важно је нагласити да не постоје докази да електронски новац повећава масу (традиционалног)

новца у оптицају, па самим тим нема ризика од појаве инфлације понуде, што је једна од његових предности наспрам употребе традиционалног новца. Ипак, употреба електронског новца повећава брзину новца у оптицају, из разлога што је новчана картица доступнија од залиха које се налазе на ороченим рачунима (Bradley, Craford: 1996, 376).

Нека од отворених питања употребе електронског новца тичу се и разматрања правног третмана инструмената (апарата) који омогућавају његово коришћење, тј. да ли на њима постоје одређена неортодоксна права која се могу реализовати једино када је инструмент присутан, што се у случају плаћања путем компјутерских интернет-мрежа додатно компликује. Такође, потребно је направити разлику између монетарноправног третмана оних облика плаћања у малим (стандардним) износима и у великим (нестандардним) износима за шта се, по правилу, користе специјализовани платни системи попут CHIPS-а у Њујорку и SEPS-а у Лондону, који повезују главне финансијске посреднике у супранационалном монетарном систему. Оне транскације које се ослањају на употребу електронског новца захтевају и развијање нових међународних финансијских стандарда од којих су данас нарочито заступљени тзв. *ламфалуси стандарди* (креирани још пре 28 година). Ови стандарди се примењују у немачком монетарном праву у склопу система бруто поравнања у циљу смањења системских ризика код клириншких плаћања (Giovanoli, 1996: 6–7). У разматрању оправданости постојања електронског новца требало би имати у виду да су данашњи монетарни агрегати највећим делом изведени из резерви комерцијалних банака, због чега је надзорна улога централне банке значајнија више него икада пре у монетарној историји, јер се у извесном смислу виртуелни новац заправо изједначава са износом резерви комерцијалних банака.

Трансмисиони механизми монетарне политике укључују велики број сложених односа који повезују делатност централне банке са јавном потрошњом и сузбијањем инфлације. Мада се у економској литератури посвећује велика пажња испитивању односа између инфлације и јавне потрошње, недовољна пажња је посвећена иницијалном кораку поменутог трансмисионог механизма који се огледа у начину на који централна банка утиче на висину краткорочне каматне стопе, на које се надовезује и тзв. Фридманова дилема да ћи централна банка успети да осигура свој утицај на контролу агрегатне тражње и стопе инфлације у условима супституције скриптуралног новца електронским новцем под којим се у овом случају обухватају не само платне картице, већ и банковни аутомати и дигиталне валуте (Freedman, 2000: 211–227). И у околностима када би електронски новац постао доминантан на финансијском тржишту, централна банка

не може изгубити своју регулаторну улогу, већ се само може говорити о прилагођавању техника које користи приликом таргетирања инфлације сходно институционалним променама на тржишту новца.

У нормативном регулисању електронског новца веома је важно да законодавац успостави систем који се базира на правилима који гарантују јасноћу у примени метода плаћања не би ли корисници електронске валуте на тај начин добили могућност евалуације, контроле и ограничавања потенцијалних ризика са којима се могу суочити у платном промету (American Bar Association, 1997: 655). Економисти посебно наглашавају да ће са ширењем његове употребе доћи до повећања степена системског ризика унутар финансијског система (посматрано у глобалном контексту) услед међународног карактера електронског новца. Регулаторни домаћај европског и англоамеричког монетарног права веома се разликује у погледу обима, начина и времена регулисања употребе електронског новца. Свакако, интереси јавних политика морају се узети у обзир у погледу степен регулације електронске валуте, али је сигурно да не постоји универзалан одговор на питање у вези са степеном (тј. границом) саме регулације. Регулација ће у пракси зависити и од достигнутог степена развоја монетарне номотехнике и обележја монетарних јурисдикција које се међусобно могу веома разликовати. Степен регулације се, ипак, не би смео разликовати у тој мери да доведе до појаве штетне монетарне конкуренције и феномена тзв. најмањег заједничког деноминатора (издаваоца), који се огледа у чињеници да се фирме селе у оне монетарне јурисдикције где је степен регулације употребе електронског новца нижи (јефтинији), што на крају може резултирати појавом регулације која је испод оптималног нивоа друштвеног благостања (Вoo-Chue, Longe-Ak-indemowo, 1999: 61). Управо из тог разлога потреба за координацијом националних монетарних политика постаје веома актуелна, јер се тако анулирају сви поменути недостаци у вези са употребом електронског новца.

Правни основ употребе електронског новца у монетарном праву ЕУ јесте *Директива о покретању, потрази и пруденцији надзора над пословањем институција електронског новца*, која је усвојена 2002. године.¹ Комисија је током 2006. године спровела детаљну евалуацију примене овог акта у сарадњи са великим бројем удружења послодаваца из различитих земаља ЕУ, јавним сектором и представницима индустрије мобилних телефона и том приликом закључила да поједине одредбе Директиве делују ретроградно на развој тржишта електронског новца и указала

1 Directive 2000/46/EC on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions.

на недовољну прецизност правила везаних за његову употребу (JFSC, 2009: 13–14). Наиме, након десетогодишње примене Директиве постало је јасно да се она не налази у функцији подстицања шире употребе електронског новца, јер је била превише ригидна у дефинисању услова које његова употреба носи. Из тог разлога је 2008. године, Европска комисија покренула иницијативу за усвајање нове директиве која би питање коришћења електронског новца уредила на конзистентнији начин. Европски парламент је током 2009. године дао сагласност на предложене амандмане које је касније одобрио и Савет ЕУ, а нова директива је први пут имплементирана у Великој Британији 2011. године инкорпорирањем у сет законског пакета о електронском новцу. Нова директива је у знатно већој мери усклађена и са *Директивом о платном промету* (2007), чиме је учињен значајан помак ка регулисању системског ризика. Тако је отклоњен велики број регулаторних баријера за развој тржишта електронског новца, али је инвестирање у нове технологије и инфраструктуру уз сарадњу свих учесника у промету и даље преко потребно (Halpin, Moore, 2009: 563–568).

Европска централна банка у својим извештајима често указује да је основни циљ употребе електронског новца остваривање високог степена компактибилности у контексту развијања и јачања сарадање између учесника у промету у постављањем заједничких стандарда пословања. То је веома важно у циљу избегавања појаве непотребних трошкова за продавце, омогућавања бољег избора за купце, развијања конкуренције и продуктне иновације. На тај начин се истовремено избегава конкуренција између различитих шема (модела) употребе електронског новца и омогућава једноставан прелазак са једног на други систем (без великих трошкова за заинтересоване купце). Други циљ на коме ЕЦБ, такође, инсистира јесте *солидарна одговорност* за губитке проузроковане употребом електронског новца, чиме се врши прерасподела ризика између јавног и приватног сектора у монетарном промету. Свакако, предуслов успешног коришћења електронског новца јесте и боље разумевање понашања његових корисника (у смислу недоумица и поверења које му поклањају), јер то доприноси успостављању комплементарног односа између правних, економских и технолошких обележја електронског новца са његовом употребом у одређеном друштвеном и културном контексту (Singh, 1999: 760).

5. Закључак

Од монетарног законодавца се очекује да у будућем периоду реши проблем дискрепанце између глобализованог финансијског тржишта,

са једне стране и фрагментације монетарног система, са друге стране (не узимајући у обзир монетарне уније са централизованом монетарном политиком у којима постоји висок степен хармонизације монетарних прописа). То захтева детаљно и критичко разматрање процеса последице дезинтеграције међународног монетарног права (у оквиру чега можемо говорити о аутономном праву ЕЦБ и праву ММФ-а, али се они не смеју значајно разликовати у погледу третмана електронског новца и признавања његових последица по национални и међународни монетарни поредак). Теоретичари монетарног права морају убудуће посветити већу пажњу анализи обележја монетарног *lex mercatoria*, на које електронски новац и те како врши непосредан утицај не би ли се пронашла оптимална правна решења која ће омогућити очување тековина и вредности међународне монетарне архитектуре, монетарне стабилности и покретања непотребних монетарних спорова. Сходно томе, као примери добре праксе могу послужити решења из јапанског и канадског монетарног права која без обзира на другачије факторе у развоју дисциплине монетарног права у сегменту обликовања електронског новца несумњиво показују сличну законодавну интенцију, номотехнику и објекат заштите.

Литература/References

American Bar Association. (1997). A Commercial Lawyer's Take on the Electronic Purse: An Analysis of Commercial Law Issues Associated with Stored-Value Cards and Electronic Money Source. *The Business Lawyer*. 52 (2). 653–727.

Bytтеbier, K. (2017). *Towards a New International Monetary Order, Economic and Financial Law & Policy – Shifting Insights & Values 1*. Springer: International Publishing AG.

Craford, B., Sookman, B. (2000). Electronic Money: A North American Perspective. in: *International Monetary Law: Issues for the New Millenium* (ed. by Mario Giovanoli). Oxford: Oxford University Press.

Directive 2000/46/EC on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions.

European Central Bank (1998). *Annual Report*. 1–105.

Fajfar, M. (2004). *Role and Security of Paymens Systems in Electronic Age*. Remarks prepared for IMF Institute Seminar on „Current Developmments in Monetary and Financial Law“. 1–20.

Freedman, C. (2000). Monetary Policy Implementation: Past, Present – Future: Will Electronic Money Lead to the Eventual Demise of Central Banking?. *International Finance*. 3(2). 211–227.

Giovanoli, M. (1996). Virtual Money and Global Financial Market: Challenges for Lawyers. *Yearbook of International Financial and Economic Law*. 3–24.

Gold, J. (1984). Public International Law in the International Monetary System. *Southwestern Law Journal*. 799. 30–37.

Голубовић, С. (2014). Еволуција улоге Европске централне банке у условима глобалне финансијске кризе. *Правни живот, Тематски број: Право и начело савесности и поштења*. 3(11). 589–600.

Димитријевић, М. (2016). О новој надлежности Европског суда правде у решавању монетарних и фискалних спорова. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70. 200–215.

Димитријевић, М. (2017). Монетарни суверенитет у условима глобализованих економских и финансијских односа. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 73. 659–674.

Directive 2000/46/EC on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions.

Halpin, R., Moore, R. (2009). Developments in Electronic Money Regulation – the Electronic Money Directive: A Better Deal for E-Money Issuers?. *Computer Law and Security Review*. 25. 563–568.

Jordan, J. (2016). The New Monetary Framework. *Cato Journal*. 36(1). 367–384.

JFSC, (2009). *The Regulation of Electronic Money, Options for the Future Regulation of Issuers of Electronic Money*. Consultation Paper No. 12. –71.

Kanda, H. (2000). Electronic Money in Japan. in: *International Monetary Law: Issues for the New Millenium* (ed. by Mario Giovanoli). Oxford: Oxford University Press.

Lastra, M. R. (2015). *International Monetary and Financial Law*. Oxford: Oxford University Press.

Lee, B. C., Longe-Akindemowo, O. (1999). Regulatory Issues in Electronic Money: A Legal-Economics Analysis. *Netnomics*. 53–70.

Nussbaum, A. (1939). *Money in the Law*. Columbia Council for Research in Social Sciences: The Foundation Press Inc.

Proctor, C. (2004). *Mann on the Legal Aspects of Money*. Oxford: Oxford University Press.

Sıddık-Yurtçiçek, M. (2013). The Legal Nature of Electronic Money and the Effects of the EU Regulations Concerning the Electronic Money Market. *Law & Justice Review*. 4(1). 276–321.

Sugiura, N. (2009). Electronic Money and the Law: Legal Realities and Future Challenges. *Jurisuto No. 1386*. (translated by Jean J. Luyat), published in *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*. 18 (3). 110–120.

Usher, J. A. (2000). *The Law of Money and Financial Services in the EC*. Oxford: Oxford University Press.

White, S., Xanthaki, H. (2011). *OLAF at Crossroads, Action against EU Frauds*. Oxford & Portland: Oregon Hart Publishing.

Marko Dimitrijević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

ELECTRONIC MONEY IN CONTEMPORARY MONETARY LAW

Summary

The emergence of electronic money essentially does not modify the monetary prerogatives resulting from the monetary sovereignty of the state, but only adjusts them to the newly emerging economic conditions. The contemporary concept of monetary sovereignty undoubtedly follows the conceptual continuity of the doctrinal and historical origin of classical monetary sovereignty, which is very dynamic, as its positive and normative components evolve continuously in the conditions of the international economic environment, and that is clearly confirmed in this case. Electronic money shows some similarities to the traditional monnaie scriptural, but it is de facto a new institute in international monetary law, which is why it must be optimally regulated from the monetary legal point of view, which, according to the author, is a condition for its adequate application and achievement of purpose in a postinformatic society. Adequate regulation of electronic money requires institutional changes that include both the adoption of laws dealing with protection and the inclusion of various industries in the electronic payment system. We emphasize that the position of the central bank, in our opinion, remains crucial in the process of issuing and using the electronic money, even when there are private entities in the role of the issuer for reasons of legal certainty and the preservation of monetary stability as a pure public good. In its reports, the European Central Bank often indicates that the primary goal of using electronic money is to achieve a high degree of compatibility in the context of developing and strengthening co-operation among road users by setting common business standards. This is very important in order to avoid the appearance of unnecessary costs for sellers, allowing better choices for customers, developing competition and product innovation.

Key words: monetary law, electronic money, state theory of money, European Central Bank, *lex monete*.

Др Зоран Васиљевић,*
Ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Бањој Луци

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881237V

UDK: 347.7(497.6)
Раđ примљен: 18.09.2018.
Раđ прихваћен: 23.10.2018.

ПОСЉЕДИЦЕ НЕДОЗВОЉЕНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ**

Апстракт: Аутор у раду приказује привредно друштво као слојевиту цјелину у коју је инкорпорисано више интереса различитих група субјеката, почев од интереса самих оснивача, односно чланова друштва или акционара, преко запослених и управљача, па до интереса трећих лица која се налазе у правним односима са друштвом. У таквој констелацији односа, издваја се интерес самог привредног друштва као посебног субјекта права, којем би требали бити подређени сви остали интереси. Услед тога, одређене категорије субјеката, а посебно оне које су у позицији да управљају или у значајној мјери утичу на управљање друштвом, морају да се придржавају законом прописаних дужности према друштву, међу којима је и забрана конкуренције. Кршење наведених дужности рађа одговорност која се, прије свега, односи на обавезу накнаде проузроковане штете, али може произвести и друге облике санкција. Аутор анализира услове за наступање наведене одговорности, њене посљедице и поступак обештећења, третирајући дужност неконкуренције друштву као подврсту дужности лојалности.

Кључне ријечи: привредно друштво, недозвољена конкуренција, накнада штете, уступање прихода, опозив, искључење члана.

* zoran.vasiljevic@pf.unibl.org

** Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Одређене категорије лица, правних или физичких, имају и посебне дужности према привредном друштву, које се, сходно рјешењу нашег позитивног права, могу подијелити на: дужност пажње и правилне пословне процјене, дужност лојалности и дужност чувања пословне тајне. Поред наведених дужности, могу се интерним актима привредних друштава, утврдити и друге дужности, осим уколико се ради о отвореним акционарским друштвима. Обавеза поштовања наведених дужности односи се на лица која су у позицији да управљају привредним друштвом или макар да контролишу оне који то чине.

Концепт дужности је у наше право пренесен из англосаксонског правног система, и то у облику института фидуцијарне дужности директора према друштву. (Васиљевић, 2007: 144). За разлику од континенталног права, у коме се срећу различити концепти носиоца једног или вишеструких интереса у друштву, у англосаксонском праву је развијен концепт доминације једног интереса, и то интереса друштва, коме су подређени сви остали интереси, па се сходно томе и дужности дугују само према привредном друштву (Pennington, 1995: 778). Међутим, и у англосаксонском праву се дуго времена (још од 30-их година прошлог вијека) водила борба између концепта управе као кључног чувара интереса друштва (заступаног од стране Merrick-a Dodd-a) и модела који је стављао нагласак на акционаре (који је заступао Adolf Berle), да би се чак 50-их година прошлог вијека појавило и краткотрајно схватање да директори имају дужности и према запосленима и заједници у цјелини (Dignam, 2013: 663, 672–673). Однос између директора и привредног друштва је схваћен као однос између агента и његовог налогодавца, тј. као однос из уговора о заступању, и тај концепт се данас прихвата у погледу сва три агенцијска проблема. Ипак, када су у питању дужности према осталим индивидуалним носиоцима интереса попут акционара, односи заступништва се успостављају само у одређеним случајевима кад директори заиста дјелују као њихови агенти, нпр. у случају продаје акција на основу понуде за преузимање друштва. И у случају таквог дјеловања, мора се водити рачуна о ширем интересу, а не само простој максимизацији профита (Weitzel, Rodgers, 2015: 61–62).

Уз концепт фидуцијарне дужности, англосаксонско право у варијанти америчког права је креирало и тзв. правило пословног одлучивања („business judgment rule“) према којем не постоји одговорност директора за превид, тј. обичну непажњу (Veasey, 2003: 1009), али се зато одговара за превару, незаконитости и понашања изван овлашћења. Ово правило представља проширење правила дужности лојалности код постојања

сукоба интереса и извјесну конкретизацију „пажње доброг привредника“ или „пажње доброг стручњака“ (Васиљевић, 2013: 52).

Према томе, једна од основних дужности је дужност лојалности у смислу савјесног и лојалног поступања према привредном друштву. Ово се посебно изражава кроз дужност лица која имају лични интерес (у која се убрајају и повезана лица) да не користе имовину привредног друштва у личном интересу, нити повлашћене информације за лично богаћење, као ни да злоупотребљавају позиције у друштву за исте сврхе или користе пословне могућности привредног друштва за своје личне потребе и сл. Ово је, поред пажње и добре вјере, једна од три основне традиционалне дужности према common law-у (Molk, 2017: 524). У њемачком праву, наведена дужност има пандан у тзв. обавези вјерности („Treupflicht“), која се односи и на чланове друштва (Hueck, Windbichler, 2008: 237–238) и која има ограничавајућу функцију при вршењу чланских права у смислу ограничења слободе чланова друштва заједничком сврхом и интересом друштва, којима је члан везан и мора их узети у обзир приликом свог поступања (Слакопер, 2009: 405).

Дужност лојалности у себи обухвата и двије посебне дужности које се манифестују кроз забрану кршења клаузула сукоба интереса и конкуренције, па ћемо у наставку овог рада ставити нагласак на анализу ове друге забране и посљедице њеног кршења.

2. Оквир дужности неконкурисања друштву

Забрана конкуренције је у праву Републике Српске прописана општим компанијским законом,¹ и односи се на налагање дужности пасивног понашања у смислу ангажовања у другим привредним друштвима конкурентске дјелатности. Та забрана укључује нарочито запослење, својство предузетника, ортака, комплементара, контролног члана или акционара, члана управног, извршног или одбора за ревизију, интерног ревизора, заступника друштва, ликвидационог управника или лица која имају уговорна овлашћења да управљају пословима друштва. Према томе, уз додатак својства радника или предузетника, ради се у принципу о истим својствима која се односе на лица која имају посебне дужности према привредном друштву, а која су наведена у чл. 31 Закона о привредним друштвима Републике Српске (у даљем тексту: ЗПД).² Ово је било рјешење и Закона о привредним друштвима Србије из 2004. године, да би доношењем новог Закона круг лица био донекле модификован укључивањем чланова

1 Закон о привредним друштвима Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

2 *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

друштва са ограниченом одговорношћу и акционара који имају значајно учешће у основном капиталу друштва, у смислу да самостално или са другим лицима која са њима дјелују заједно посједују више од 25% права гласа у друштву.³ Такође, чланом 75 Закона о привредним друштвима Србије из круга лица на које се односи забрана конкуренције су искључени ликвидациони управник и једини члан привредног друштва, али се оснивачким актом могу одредити и друга лица која имају дужност поштовања ове забране. У погледу изузимања од обавезе поштовања забране конкуренције јединог члана привредног друштва, сматрамо да би се могао истаћи приговор заштите интереса повјерилаца друштва. Наиме, заиста је тачно да су у оваквим случајевима интереси друштва и његовог јединог члана истовјетни, али том члану не би смјело бити допуштено да злоупотребом изузећа наноси посредно штету повјериоцима друштва који због тога могу остати ненамирени.

С друге стране, у појединим правним системима и лица која нису статусно везана за привредно друштво могу подлијегати обавези поштовања наведене дужности. Тако су у енглеском праву, на основу чл. 170, ст. 5 Компанијског закона из 2006. године, укључени и директори из сјенке у мјери у којој се могу примијенити правила *common law*-а, али се у теорији признаје да је било мало оваквих случајева у судској пракси (French, Mason, Ryan, 2014: 470–471). У легислативама пак које почивају на дводомном систему корпоративног управљања, попут њемачког⁴ и хрватског,⁵ чланови надзорног одбора нису обухваћени забраном конкуренције, већ само чланови управног одбора. Ово рјешење је засновано на схватању да надзорне функције не укључују управљачке функције. Такође, у овим правним системима, као ни у англосаксонском, кругом лица која имају дужности према друштву нису обухваћени чланови друштва. У енглеском праву се чак ни на чланове приватних компанија не примјењују фидуцијарне дужности према друштву. Ове дужности постоје само у случају ортачких друштава, која су регулисана посебним законом (Davies, Worthington, Micheler, 2011: 571). И у америчком праву само ортаци имају фидуцијарне дужности један према другом и према ортачком друштву (Miller, Jentz, 2003: 689).

У праву Србије је регулисан и један изузетак од обавезе поштовања клаузуле конкуренције, који се односи на случај приступања новог ортака

3 Чл. 61 у вези са чл. 62, ст. 3 Закона о привредним друштвима Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

4 Чл. 88 Aktiengesetz, *BGBL. BRD. I. S. 1089 (1965), zuletzt geändert I. S. 1142 (2016)*.

5 Чл. 248 Закона о трговачким друштвима, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 11/93, 34/99, 121/99, 118/03, 107/07.

или комплементарна ортачком, односно командитном друштву. Наиме, у наведним случајевима неће доћи до повреде дужности ако је постојећим ортацима или комплементарима била позната чињеница да новопридошли члан има својство члана или други правни однос са конкурентским друштвом и притом нису условили тог члана престанком спорног статуса.⁶ Међутим, не треба изгубити из вида и интерес првог друштва у односу на које се овим путем, такође, крши дужност конкуренције (Арсић, Марјански, 2015: 76), те сматрамо да би и у овом случају члан морао тражити сагласност ортака, односно комплементарна са којима је засновао претходни правни однос. Разлог установљавања законске дужности неконкурентности састоји се у страху да би се допуштањем вишеструког стицања наведених својстава нарушио концепт фидуцијарне дужности према привредном друштву. У таквим случајевима се оправдано поставља питање према ком друштву су та лица лојална (Васиљевић, 2015: 132). То је, уосталом, супротно и основном принципу агентуре да се не могу истовремено заступати интереси двије стране које се доводе у везу.

Могли бисмо закључити да се обавеза поштовања наведених дужности односи на лица која су у позицији да управљају привредним друштвом или макар да контролишу оне који то чине. Ова лица се могу подијелити на двије категорије: чланове привредног друштва и лица која обављају одређене функције у привредном друштву (органи друштва и лица са заступничким овлашћењима). Поред наведене двије категорије, постоји и трећа категорија тзв. повезаних лица, која су, такође, обухваћена обавезом придржавања дужности лојалности, како у погледу клаузуле сукоба интереса, тако и у погледу клаузуле конкуренције. Обавеза је проширена на ова лица, с обзиром да и она могу имати лични интерес у друштву, како би се спријечиле злоупотребе и изигравања поштовања наведених дужности. Ова лица могу бити повезана са неким лицем из двије основне категорије (чланом друштва или лицем које обавља одређену функцију у друштву), како сродничким, тако и финансијским везама.

Под повезаним лицима путем сродничких веза са лицима која имају посебне дужности према друштву према ЗПД-у Републике Српске сматрају се крвни сродници у правој и побочној линији до другог степена сродства (укључујући и брачне другове њихове дјеце, родитеља, браће, сестара или унука), усвојилац и усвојеник, брачни друг, тазбински сродници закључно са првим степеном (укључујући родитеље, браћу или сестре брачног друга) и друга лица која са тим лицима живе у заједничком домаћинству.⁷

6 Чл. 109 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

7 Чл. 34, ст. 2 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

С друге стране, обавеза придржавања посебних дужности се може односити и на ситуације када је лице које има дужности према друштву у финансијском односу или је под контролним утицајем неког лица које се налази у неком правном послу или радњи са привредним друштвом или, макар, има интерес у таквом послу или радњи, на основу чега се разумно може очекивати да ће утицати на лице које има дужности према друштву да поступа супротно интересима друштва.

Круг лица са дужностима према друштву може бити проширен и посебним законима који регулишу само одређене врсте привредних друштава. Тако, нпр., у праву Републике Српске, на основу Закона о јавним предузећима⁸ у лица која имају опште дужности према друштву улазе и тзв. „повезана лица“, као што су запослени у предузећу, укључујући и појединце и заступнике које предузеће именује за обављање одређених послова, чланови надзорног одбора, те свако правно или физичко лице у чијем посредном или непосредном власништву је најмање 5% од укупног збира гласачких права јавног предузећа (Рајчевић, 2014: 651–652). Такође, у случају брокерско-дилерских друштава једно физичко или правно лице може имати истовремено акције само у једном таквом друштву. Осим тога, исто лице може бити запослено или члан управе или надзорног одбора само у једном берзанском посреднику (Марковић-Бајаловић, 2011: 366).

Лицима која се налазе у стању дужности поштовања забране конкуренције се, ипак, може одобрити, на Законом прописан начин, ангажовање у другом привредном друштву конкурентске дјелатности. Ово се односи како на директно ангажовање, тако и на ангажман преко повезаних лица, тј. индиректно. Одобрење се мора дати на исти начин као што се даје и у случају реализације правног посла из сукоба интереса. То значи да било који облик учешћа у конкурентској дјелатности морају одобрити сви ортаци, односно комплементари који немају лични интерес, у случају ортачког, односно командитног друштва, затим већином гласова чланови скупштине друштва са ограниченом одговорношћу који немају лични интерес, те, такође, већином гласова чланови управног одбора акционарског друштва који немају лични интерес.⁹ Уколико се, у случају акционарског друштва, не може постићи Законом тражена већина у управном одбору, о давању сагласности може одлучити и скупштина друштва већином гласова.

И код ортачког и код командитног друштва се може одступити од законски претпостављене једногласности, уколико се оснивачким актом предвиди одлучивање већином гласова. У сваком случају, право одлучивања о давању

8 Чл. 3, ст. 1 наведеног Закона, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 75/04 и 78/11.

9 Чл. 35, ст. 1 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

сагласности имају само незаинтересовани чланови, а да би одлука била пуноважна и без могућности оспоравања, лицима која одлучују морају бити откривене или иначе познате све материјалне чињенице повезане са личним интересом. Такође, једном дата сагласност би се могла у свако доба повући. Наиме, накнадно може доћи до промјене околности увођењем нових дјелатности у опус конкурентног привредног друштва или могу да се установе други разлози који не допуштају даље толерисање кршења забране конкуренције и наношења штете интересима друштва.

Законом прописана дужност неконкурисања друштву, међутим, није императивног карактера, већ се ради о диспозитивним нормама од којих свако привредно друштво може одступити својим интерним актима (оснивачким актом или уговором ортака или чланова друштва, односно статутом), којима ће утврдити послове, врсту и начин њиховог обављања, као и мјесто обављања који не представљају забрану конкуренције привредном друштву.¹⁰ Међутим, у погледу лица која имају дужност неконкурисања Закон не допушта одступање, већ чак омогућује наметање ове дужности и по престанку својства лица које има дужност према друштву у трајању до двије године. Оваква клаузула се мора изричито уговорити са сваким чланом или заступником друштва и у правилу се компензује одговарајућом накнадом коју друштво исплаћује везаном лицу, мада то није обавезно. У погледу пак почетка дејства забране конкуренције, она дјелује од момента када одговорно лице постане члан друштва или преузме мандат, односно стварно започне са обављањем послова у име и за рачун привредног друштва. У хрватском праву је заузет став да ова дужност постоји чак и за вријеме трајања преддруштва, што је и логично рјешење с обзиром на преовлађујуће схватање о компанијскоправној природи овог института (Барбић II, 2013: 361).

С друге стране, у америчком праву се све више практикује инструмент одрицања од заштите друштва и његових чланова путем клаузуле конкуренције, уколико се њихов интерес у довољној мјери може заштитити и на други начин. Ово се оправдава чак и посебним интересом друштва да смањи издатке за чланове управе који ће тако моћи остваривати додатне приходе и код других компанија, те неће захтијевати бонусе за вјерност (Molk, 2017: 522–523).

У енглеском праву је дуго времена било увријежено и схватање да директори једне компаније могу обављати те послове и у конкурентским друштвима или непосредно за себе, све док не откривају конкурентској компанији повјерљиве информације до којих су дошли на основу позиције

10 Чл. 39, ст. 2 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

у првој компанији и док не подређују интересе прве компаније интересима друге, када могу сносити одоворност за непоштено вођење послова (Morse, Marshall, Morris, Crabb, 1991: 409). Наведени принцип је установљен још 1891. године у једном случају из судске праксе.¹¹ Дужност конкуренције, штавише, није ни данас установљена изричито Компанијским законом из 2006. године,¹² али се подводи под дужност избегавања сукоба интереса из чл. 175 наведеног Закона. Наиме, начело добре вјере захтијева лојалност у смислу уздржавања од понашања којим се намјерно чини штета компанији. Међутим, и даље остаје отворено питање гдје се може повући линија између дозвољеног и недозвољеног обављања послова у другој компанији. Дуго времена се сматрало да то могу чинити неизвршни директори који нису у пуном радном односу. Сматра се да је врло вјероватно да ће судови и даље тражити висок степен преклапања дјелатности компанија да би примијенили правило из чл. 175, ст. 1 и 2 о дужности неконкуренције (Pettet, Lowry, Reisberg, 2009: 167–168). Тако је и Апелациони суд у једном случају истакао да не постоји потпуно ригидно правило да директор једне компаније не може бити укључен у пословање друге конкурентске компаније, те да је свака ситуација чињенично специфична сама за себе.¹³

Из свега наведеног могао би се извести закључак да, с обзиром на чињеницу да је прописана у нашем законодавству, постоји обавеза поштовања забране конкуренције привредном друштву, која се односи само на конкурентске дјелатности. Она се односи како на обављање послова у своје име и за свој рачун, тако и на обављање послова за туђи рачун. Притом, узимају се у обзир дјелатности којима се једно привредно друштво стварно бави, без обзира на стање у судском регистру, односно чињеницу да ли је једна дјелатност наведена у конститутивним актима привредног друштва. Циљ примјене ове клаузуле је балансирање између два супротстављена интереса, и то интереса привредног друштва које се налази у својству заштићеног субјекта, односно корисника клаузуле, с једне стране, и интереса лица које се налази у позицији дужника из клаузуле, због чега је онемогућен да остварује додатне приходе обављањем конкурентских дјелатности за себе или за другог. Уколико би му се то безусловно допустило био би нарушен не само интерес компаније, већ и свих других лица која су везана за њу, као што су чланови (акционари), запослени, чланови управе и повјериоци. Стога, непридржавање законске забране и обављање конкурентских дјелатности на непрописан начин производи и одговарајуће посљедице.

11 Case- W. N. 165 London & Mashonaland Exploration Co. v. New Mashonaland Exploration Co. (1891).

12 Чл. 171–177 Companies Act 2006.

13 Case- 2 BCLC 201 In Plus Group LTD v. Pyke (2002).

3. Посљедице кршења дужности

С обзиром да је свако привредно друштво објекат имовинског права, оно ужива заштиту од противправних напада трећих лица на основу општих норми грађанског права о накнади штете. То је случај и са штетом која произлази из кршења забране конкуренције. Међутим, у овом случају друштву стоји на располагању и посебна заштита заснована на правилима о нелојалној конкуренцији (Дивљак, 2003: 152). Циљ наведене заштите је одвраћање одговорних лица од кршења дужности према друштву, прије него сама накнада штете. Овај вид компанијске регулативе би се могао дефинисати као „стратегија принуде“, која више има превентивни и психолошки ефекат на лица са дужностима према друштву, него што се примјењује у судској пракси (Васиљевић I, 2009: 12–13). То даје резултате, чиме се штите како интереси привредног друштва, тако и осталих стејкхолдера, а посебно акционара и повјерилаца друштва.

Права по основу повреде забране конкуренције према одговорном лицу има, прије свега, само привредно друштво. Наиме, повредом дужности се наноси штета самој компанији и она је прави тужилац (Lovgu, 2009: 612). Међутим, та права за рачун друштва путем деривативне тужбе могу остваривати и ортак, члан или акционар који имају или заступају најмање 5% основног капитала друштва, чиме је круг овлашћених лица проширен за ортаке у односу на опште правило о деривативној тужби.¹⁴ У Србији право подношења деривативне тужбе имају само чланови и акционари са најмање 5% капитал учешћа, па се поставља питање да ли постоји могућност подношења ове тужбе код ортакског и командитног друштва, код којих не постоји капитал цензус као категорија (Васиљевић, 2015: 140; Арсић, Марјански, 2015: 79). Прије подношења тужбе, наведена лица би се морала претходно обратити самом друштву да оно поднесе тужбу као примарни тужилац, па тек уколико тај захтјев буде одбијен или се по њему не поступи у року од 30 дана, стиче се право на подношење деривативне тужбе. Рок застарјелости за подношење тужбе износи 60 дана од сазнања за учињену повреду (субјективни рок, који у Србији износи 6 мјесеци), односно три године од дана учињене повреде (објективни рок, који у Србији износи 5 година). Мора се, ипак, признати да је деривативна тужба прилично непопуларна у пракси, како због услова који се траже за њено подношење, тако и због чињенице да трошкове поступка у случају неуспјеха носе сами подносиоци, док у случају успјеха користи иду на конто друштва. Постоје схватања и да је преуско одређен круг лица која имају право на подношење деривативне тужбе и да би постојање фидуцијарне дужности требало проширити и на повјериоце друштва, макар индиректно преко

14 Упореди чл. 37, ст. 2 и чл. 41 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

дужности према привредном друштву (Васиљевић II, 2009: 19). Тако, нпр., у праву Хрватске постоји могућност да повјериоци поднесу тужбу и против одговорних чланова управе у случају грубе повреде дужности пажње уредног и савјесног привредника, под условом да се не могу намирити од друштва.¹⁵

Осим деривативне тужбе, ортаци, чланови или акционари привредног друштва којима је повредом дужности и лично причињена штета, имају право на подношење индивидуалне тужбе за накнаду штете против одговорних лица.¹⁶ Одговорност ових лица за проузроковану штету се сматра уговорном, јер постоји ранији правни однос између њих и чланова друштва (Лепетић, 2014: 192). Одговара се по принципу субјективне одговорности за причињену штету, а с обзиром да у компанијском праву није прописан посебан рок за подношење тужбе, примјењују се општа правила облигационог права. Индивидуална тужба би се могла поднијети и против самог друштва, чија је одговорност у овом случају вануговорна, јер право чланова и акционара на накнаду штете не произлази из кршења дужности друштва према њима (Лепетић, 2014: 203). Дакле, ради се о одговорности за другог, и друштво би у случају обештећења оштећеног лица имало право регреса према штетнику.

Према врстама санкција које се примјењују на лица која прекрше дужности према друштву, облике одговорности бисмо подијелити на имовинску и статусну одговорност.

3.1. Имовинска одговорност

Законодавство Републике Српске предвиђа исте имовинске посљедице у случајевима повреде како клаузуле сукоба интереса, тако и клаузуле конкуренције. Наиме, привредно друштво чији су интереси повријеђени, као и лица која могу подићи деривативну тужбу у своје име, а за рачун друштва, могу захтијевати накнаду проузроковане штете до износа који докажу. Поред тога, могу тражити да се послови извршени за рачун лица које повређује наведене клаузуле признају као послови извршени за рачун привредног друштва, затим да се привредном друштву предају све користи које је остварило лице које повређује наведене клаузуле, те да се сва потраживања која произлазе из посла извршеног за рачун тог лица

15 Чл. 252, ст. 5 Закона о трговачким друштвима, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 11/93, 34/99, 121/99, 118/03, 107/07.

16 Чл. 40 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13; Чл. 78 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

уступе привредном друштву.¹⁷ У праву Републике Србије су дефинисане сличне санкције, с тим што је изричито наглашено да се пренос користи односи не само на користи које је остварило лице које повређује клаузулу конкуренције, већ и конкурентско друштво у чије име и за чији рачун се то чини.¹⁸ Дакле, обавеза уступања како већ остварених користи из послова за чије обављање није на законом прописан начин дата сагласност, тако и још ненамирених потраживања, односи се и на лице које повријеђује дужност неконкурисања друштву и на конкурентско друштво. Такође, повријеђено друштво има право на преузимање комплетног посла, односно свих права и обавеза у своје име и за свој рачун.

За постојање имовинске одговорности потребно је да се остваре општи услови облигационог права, тј. постојање штете, кривица и узрочна веза између кривице и штете. Дакле, ради се о субјективној одговорности, која се рачуна на основу одговарајућег стандарда пажње доброг привредника. Међутим, у односу на професионалне менаџере (чланове управе) могао би се примијенити и виши стандард пажње, тј. пажња доброг стручњака. Слични стандарди пажње се траже и у упоредном праву. Тако се према њемачком Закону о акционарским друштвима тражи „брижљивост и одговорност савјесног руководиоца у акционарском друштву“,¹⁹ а у енглеском праву „знање, вјештина и искуство који се могу разумно очекивати од лица које обавља послове као што су послови директора компаније“.²⁰ Кривица се претпоставља, и то у степену обичне непажње, тако да на одговорном лицу лежи терет доказивања одсуства кривице. Наиме, у круг лица која имају дужности према друштву спадају, у правилу, професионалци који познају правила струке и своје обавезе и одговорности, тако да је веома мало вјероватно да забрану конкуренције прекрше из незнања. Оваква правила о имовинској одговорности су императивна и не би се могла измијенити конститутивним актима или одлуком скупштине привредног друштва (Васиљевић, 2007: 224).

Када је у питању постојање штете и доказивање њене висине, терет лежи на погођеном друштву, односно лицима која у име друштва подижу тужбу. Друштво, међутим, не би могло тражити накнаду штете ако се одлучило прије тога да захтјев усмјери на уступање закључених послова, односно пренос користи или потраживања из истих. Исто тако, и у обрнутом случају ако је тражило накнаду штете, не може захтијевати уступање

17 Чл. 37, ст. 1 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

18 Чл. 76 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

19 Чл. 93, ст. 1 Aktiengesetz, *BGBI. BRD. I. S. 1089* (1965), zuletzt geändert I. S. 1142 (2016).

20 Чл. 174 Companies Act (2006).

послова, користи нити потраживања (Барбић I, 2013: 746). Иако ово није изричито прописано и из језичког тумачења законског рјешења („поред права на накнаду штете и право да се:“)²¹ би се могло извести тумачење да постоји право на кумулирање захтјева, наведени став је апсолутно исправан и произлази из једног од основних начела облигационог права да се ником не може надокнадити више од износа штете која му је причињена. У супротном, радило би се о дуплирању накнаде у корист повријеђеног друштва, а на штету одговорног лица, односно конкурентског друштва.

С обзиром на то да су законске одредбе које уређују забрану конкуренције диспозитивне природе, одређени послови, начин или мјесто њиховог обављања могу се конститутивним актима друштва предвидјети као изузеци од кршења забране. Такође, као што је већ објашњено, потенцијално одговорна лица се могу ослободити од одговорности и давањем сагласности од стране друштва, која се може и повући у свако доба. Поред ових, у упоредном праву су установљени још неки облици „скидања“ одговорности усљед кршења забране конкуренције. У основи, они се могу подијелити на одрицање од забране конкуренције, ослобођење од имовинске одговорности и обештећење.

Само прва два облика представљају ослобођење од имовинске одговорности у правом смислу и установљена су у пословној пракси САД, те призната од стране судова Њујорка и Делавера (Molk, 2017: 522–525). У енглеском праву је, међутим, спорна њихова примјена, с обзиром да су чланом 232 Компанијског закона одредбе о одговорности директора практично учињене императивним, од чега се може одступити само у законом предвиђеним случајевима осигурања од одговорности, обештећења одговорности према трећим лицима и обештећења од одговорности путем професионалних пензијских шема (Davies et al., 2011: 589–597). Први облик подразумијева уношење одредби у конститутивне акте друштва које предвиђају могућност одрицања друштва од позивања на кршење фидуцијарних дужности, међу којима и забране конкуренције и коришћења пословних могућности друштва у сопственом интересу. Други пак облик задржава дужности према друштву, али се ограничавају санкције само на оне неимовинске природе, попут привремених мјера, декрета о специфичном извршењу и мноштва других мјера које не производе имовинску одговорност. Примјена оваквих облика ослобођења од имовинске одговорности не би смјела ићи науштрб интереса друштва, а посебно његових мањинских чланова и повјерилаца.

21 Чл. 37, ст. 1 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

Трећи облик не представља ослобођење од имовинске одговорности, али има такав практичан ефекат, јер се одговорним лицима у крајњој линији надокнађују издаци проузроковани санкционисањем кршења забране конкуренције. Обештећење се може кретати у два правца, и то као обештећење од стране само друштва и као осигурање од одговорности. Уколико друштво прихвати први облик, одговорна лица ће имати право рамбурса. Дакле, они ће морати друштву да плате накнаду штете, а потом ће им друштво вратити тај износ (Molk, 2017: 526). Ипак, овај облик је несигурнији од одрицања и ослобођења од имовинске одговорности, јер уколико друштво западне у стање инсолвентности, право рамбурса неће моћи да се оствари. У енглеском праву се ова могућност допушта само у облику покрића одговорности према трећим лицима, а не и према самом друштву. Такође, покрићем нису обухваћени трошкови неуспјешно окончане парнице (French et al., 2014: 513).

Обештећење одговорних лица кроз осигурање од одговорности има предност у односу на обештећење од стране самог привредног друштва због мањег ризика од инсолвентности. Оно је значајно и због чињенице да се због кршења дужности према привредном друштву може одговарати директно и трећим лицима (нпр., акционарима), уколико им је проузрокована штета када они имају право подизања индивидуалне тужбе. Савремено компанијско праву управо обиљежава тренд увођења одговорности чланова органа привредног друштва према трећим лицима, путем доктрине „одговорног руководиоца компаније“, уз задржавање одговорности и самог привредног друштва (Schnell, 2017: 712–713). Овим путем се ствара погодност за оштећено лице, јер оно може да бира од кога ће захтијевати накнаду штете. Осигурањем од одговорности чланова органа друштва пружа им се сигурност да неће морати сносити посљедице макар у случају обичне непажње. Наиме, они који највише раде могу и да погријеше, а на овај начин се спречава и блокада друштва због поступака који могу да се воде против његових руководилаца (Петровић Томић, 2011, 68). Међутим, у случају допуштања покрића и тзв. унутрашње одговорности, тј. подношења захтјева и од стране самог оштећеног друштва, морају се спријечити могуће злоупотребе којима би се изигравала сврха осигурања. Њемачко право је излаз нашло кроз примјену три клаузуле које онемогућавају злоупотребе. Прва је клаузула о јавности, која захтијева да друштво поднесе захтјев против осигураног лица на основу одлуке скупштине, друга је судска клаузула, којом осигуравачи условљавају право на исплату накнаде из осигурања само на оне захтјеве о којима је одлучено пресудом, и коначно, трећа клаузула о отказу и раздвајању, којом се исплата из осигурања условљава давањем отказа лицу против

ког је покренут поступак (Петровић Томић, 2011: 243–245). Ове клаузуле спречавају осигуранике да омогуће друштву намирење из осигурања, јер тиме угрожавају и своју репутацију и могућност новог запослења.

На крају треба истаћи да је у енглеској судској пракси познат још један облик ослобођења од одговорности, који има основ у чл. 1157 Компанијског закона из 2006. године. Наиме, суд може ослободити прекршиоца дужности према друштву од одговорности уколико оцијени да је он поступао поштено, разумно и да би с обзиром на све околности требао бити изузет од одговорности (Birds, Boyle, Clark, MacNeil, McCormack, Twigg-Flesner, Viliers, 2007: 671). Примјеном овог изузетка, одговорно лице се може потпуно или дјелимично ослободити од одговорности, зависно од околности случаја (Edmunds, Lowry, 2003: 195).

3.2. Статусна одговорност

Иако у ЗПД-у Републике Српске није изричито прописано, лица са дужностима према привредном друштву могу бити и субјекти статусне одговорности за повреде законом прописаних дужности. Ово се односи и на повреду забране конкуренције и наведене санкције се могу остваривати заједно са имовинским, тј. захтијевањем накнаде штете или уступања користи или потраживања. Тако се оснивачким актом самог привредног друштва могу предвидјети различите врсте санкција статусне природе, које се односе како на чланове, тако и на заступнике друштва. У односу на чланове друштва (ортаке, комплементарне и контролне чланове друштва са ограниченом одговорношћу) као најстрожија санкција би се могло предвидјети искључење из друштва. У случају друштва са ограниченом одговорношћу, ова санкција би се могла остварити искључиво судским путем. Када су у питању заступници друштва, могуће су различите санкције као што су опозив чланства у органу друштва, раскид уговора о менаџменту, разријешење заступника друштва, одузимање овлашћења прокуристе, и сл. У ЗПД-у Србије су пак изричито наведене неке од могућих статусних санкција, и то искључење одговорног лица из чланства у друштву (односи се на чланове друштва), раскид радног односа одговорном лицу које је било запослено у друштву (односи се на заступнике друштва и чланове органа друштва), те мјера забране обављања дјелатности за одговорно лице, односно конкурентско друштво.²² Ова посљедња санкција је специфична у смислу да се не односи на статус у повријеђеном друштву, већ у конкурентском друштву, што се може остварити судским путем. Такође, у циљу даљег спречавања кршења забране, посљедице може,

22 Чл. 76 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

наметањем санкције забране обављања дјелатности, директно сносити и само конкурентско друштво.

У погледу опозива члана органа друштва у упоредном праву постоје два приступа: први, према коме друштво има право да смијени чланове управе у свако доба, без потребе правдања тог поступка (нпр. француско право), што се оправдава мандатним односом између налогодавца – привредног друштва и налогопримца – чланова органа друштва, и други, присутан у њемачком праву и системима који су од њемачког права преузели овај концепт, према ком члан управног одбора може бити смијењен само у случају постојања важног разлога. У енглеском праву је до 1948. године право акционара да смијене директора зависило од садржаја одредби оснивачког акта компаније, да би се данас и оно прикључило групи права која признају право на опозив у свако доба простом одлуком скупштине друштва.²³ Ово не утиче на право неоправдано смијењених директора на накнаду штете. Ипак, у пракси енглеских компанија и даље се преферира да непожељни чланови управе одлазе „у миру“, а право на опозив се примјењује само у најчистијим случајевима кршења дужности према друштву (Davies et al., 2011: 389, 581).

Одређени правни системи прописују опозив члана управе из важног разлога како би се спријечила самовоља и неизвјесност, те омогућила независност у дјеловању, што одговара њиховом положају да воде послове друштва на властиту одговорност (Hüffer, 2010: 434). Свакако да повреда забране конкуренције треба да представља важан разлог, али то је ствар судске процјене у сваком конкретном случају. Опозив именована може се побијати тужбом од стране члана управе о коме је ријеч, а терет доказа о постојању важног разлога је на друштву чији је орган (надзорни одбор) донио одлуку о опозиву (Барбић I, 2013: 814). У случају успјеха опозваног члана управе, друштво ће бити дужно и да му надокнади штету. У њемачком праву се, међутим, концепт захтијевања важног разлога за опозив не примјењује на управу свих облика привредних друштава. Тако се пословођа друштва са ограниченом одговорношћу може опозвати у свако доба, осим ако се оснивачким актом не одреди да је опозив допуштен само у случају постојања важног разлога, под чим се нарочито подразумијева груба повреда дужности или неспособност за уредно вођење послова друштва.²⁴

23 Чл. 168 Companies Act (2006).

24 Пар. 38. Gesetz Betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung, *BGBI. BRD*, I. S. 1245 (2015). Пречишћени текст Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу Њемачке из 1892. год.

У правима Републике Српске и Републике Србије чланови органа привредног друштва могу се разријешити са или без навођења разлога за разријешење.²⁵ Изузетно, када су у питању директори друштва са ограниченом одговорношћу, ЗПД Србије предвиђа слично рјешење као и њемачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу. Наиме, претпоставља се могућност разријешења без навођења разлога, осим ако другачије није изричито предвиђено оснивачким актом или одлуком скупштине друштва.²⁶

Разријешење члана управе у праву Републике Српске може имати дејство ако га одобри већина од укупног броја гласова акција са правом гласа на скупштини акционара или чланова друштва са ограниченом одговорношћу, а ако се примјењује систем кумулативног гласања, онда је за разријешење потребан онај број гласова који би био довољан и за избор у случају кумулативног гласања за избор цијелог управног одбора. Такође, да би разријешење било пуноважно мора бити испуњена и формална претпоставка да у обавјештењу о скупштини акционара буде наведено да је сврха скупштине, поред осталог, и гласање о разријешењу члана управног одбора. Скупштина може разријешити и интерног ревизора или члана одбора за ревизију обичном већином гласова акционара присутних лично или преко пуномоћника, који имају право гласа. Када је у питању члан извршног одбора, он може бити разријешен одлуком управног одбора простом већином гласова. Члан органа друштва који је разријешен у незаконито спроведеном поступку има право на побијање одлуке о разријешењу (Васиљевић, 2013: 195). Разријешење члана органа друштва не може повриједити његова права која он има по другом уговорном односу са друштвом, а која нису у вези са својством члана (нпр., на основу уговора о услугама друштву).

Недостатак нашег права је што није предвидјело могућност судског разријешења члана органа друштва, с обзиром да већински чланови или акционари могу злоупотребити свој положај и спријечити изгласавање одлуке о разријешењу. Међутим, закони о привредним друштвима Србије и Републике Српске предвиђају ово могућност у случају акционарских друштава, као једну од могућих мјера умјесто покретања поступка престанка друштва.²⁷ Суд, наиме, може по тужби акционара који посједују

25 Чл. 162, ст. 1, чл. 164, ст. 2, чл. 318, ст. 4, чл. 322, ст. 3 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13. Такође, чл. 231, чл. 395, чл. 425, ст. 3 и чл. 439 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

26 Чл. 220, ст. 1 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

27 Чл. 469 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15; Чл. 337, ст. 4 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

акције које представљају најмање 20% основног капитала друштва против друштва, као једну од мјера, изрећи разријешење директора (према ЗПД-у Р. Српске, било ког члана управног или извршног одбора) или члана надзорног одбора.

Када се пак ради о управљању (пословођењу и заступању) ортачким или командитним друштвом, ЗПД Републике Српске предвиђа могућност одузимања овлашћења за пословођење или заступање одлуком надлежног суда по тужби друштва или преосталих ортака друштва.²⁸ Законски основ одузимања овлашћења, између осталог, представља чињење теже повреде дужности пословођења или заступања. Међутим, с обзиром да се ради о диспозитивним законским одредбама и сами ортаци или комплементари би могли својом одлуком одузети овлашћење на пословођење или заступање у случају постојања основаног разлога, уколико се та могућност предвиди оснивачким актом или уговором ортака ортачког или командитног друштва.

У погледу пак санкције искључења члана из привредног друштва, закони о привредним друштвима Србије и Републике Српске регулишу овај поступак само у односу на чланове друштava са ограниченом одговорношћу,²⁹ док у односу на ортаке упућују на режим установљен у д.о.о.-у.³⁰ С обзиром на чињеницу да се и на комплементарне примјењују иста рјешења као и у случају ортака,³¹ можемо извући закључак да се на ортаке, комплементарне и контролне (а у Србији и значајне) чланове друштва са ограниченом одговорношћу примјењује јединствен режим у погледу поступка искључења из друштва. Само у дијелу који се односи на акционаре није ништа регулисано, осим у погледу могућности искључења акционара због неуплате, односно неуношења улога у друштво.³² Међутим, чињеница је да ЗПД Србије садржи као једну од мјера против лица које прекрши забрану конкуренције и искључење из друштва, ако је то лице члан друштва. Ову одредбу би требало тумачити тако да је могуће искључење и акционара, било контролног или значајног, ако прекрши забрану конкуренције, и то примјеном истих правила која се односе и на искључење чланова д.о.о.-а. Стога остаје отворено једино питање могућности искључења контролног

28 Чл. 64, 70 и 86 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

29 Чл. 195–197 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15; Чл. 172–175 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

30 Чл. 79 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13; Чл. 120 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

31 Чл. 86 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13; Чл. 126 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

32 Чл. 280 ЗПД-а Србије, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15.

акционара из друштва у праву Републике Српске, с обзиром на то да Закон не садржи изричиту одредбу.

Према томе, искључење члана из друштва због повреде забране конкуренције, као неспорно важног разлога за искључење, могло би се остварити само судским путем, без обзира да ли је наведена повреда предвиђена конститутивним актима друштва као разлог за искључење. Друштво се не може унапријед одрећи права да захтијева искључење члана. Скупштина чланова друштва у случају постојања оправданог разлога доноси одлуку о покретању поступка пред надлежним судом и то већином гласова присутних. Изузетно, у случају ортачког и командитног друштва била би потребна једногласност, јер се ради о питањима која су изван редовне дјелатности друштва.³³ Тужбу за искључење може поднијети, поред друштва, и било који члан друштва, при чему суд може ако нађе да је то нужно и оправдано, суспендовати право гласа члана чије се искључење тражи, као и друга права тог члана. У појединим правима, попут хрватског, је и даље могуће искључење члана путем одлуке скупштине друштва, уколико се таква надлежност предвиди оснивачким актом друштва (Слакопер, 2009: 43).

На овај начин се рјешава питање које је било отворено у нашем ранијем законодавство, односно Закону о предузећима из 1998. (односно 1996. године у Србији), који је омогућавао искључење члана само одлуком скупштине друштва, у чији кворум нису улазили гласови члана о чијем искључењу се гласало (Васиљевић, 2004: 257–258). Дакле, мањински чланови друштва немају могућност да непосредно искључе већинског члана, већ се доношење одлуке препушта суду. Уколико се у парничном поступку донесе пресуда о искључењу, лице коме престаје својство члана има право на накнаду тржишне вриједности свог удјела у вријеме престанка својства члана. Друштво, међутим, има право пребијања својих потраживања по основу накнаде штете или неиспуњења неке друге обавезе члана са потраживањем вриједности удјела члана. Откупом удјела искљученог члана, то постаје сопствени удио привредног друштва (или сопствене акције у случају искључења контролног или значајног акционара).

4. Закључна разматрања

Дужност неконкуренције је, према томе, једна од посебних дужности према привредном друштву које су дефинисане у нашем позитивном праву. Круг лица која подлијежу овој дужности је законом прописан и односи се

33 Чл. 58 ЗПД-а Р. Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

на одређене категорије чланова друштва, лица која обављају одређене функције у друштву и с њима повезана лица. Циљ успостављања ове забране је заштита интереса друштва, а тиме посредно и осталих интереса који се могу инкорпорисати под интересе друштва. Друштво се на овај начин штити од умањења пословних шанси путем нелојалне конкуренције од стране везаних лица, а тиме и смањења могућности увећања имовине обављањем својих дјелатности. Међутим, циљ санкционисања кршења забране конкуренције није превасходно накнада штете, већ одвраћање одговорних лица од кршења дужности према друштву. Стога се, осим општих правила облигационог права за накнаду штете, примјењују и посебна правила компанијског права, а посљедице се могу подијелити на имовинске (као што су накнада штете или уступање остварене користи) и статусне (попут искључења члана из друштва или опозива одговорног лица, односно раскида уговорног односа, али и забране обављања конкурентске дјелатности).

Кршењем забране конкуренције наноси се штета самом друштву, па је оно и примарни тужилац. Међутим, деривативну тужбу у своје име, а за рачун друштва могу подносити и одређене категорије чланова друштва. Ова лица могу против одговорних лица, као и против самог друштва по принципу вануговорне одговорности за другог, подићи и индивидуалну тужбу за накнаду штете, у случају да је неки њихов интерес и директно повријеђен.

Конечно, с обзиром на чињеницу да су одредбе о забрани конкуренције диспозитивне природе, на аутономној основи би се могли предвидјети и изузеци од њене примјене, а и само друштво може под законом прописаним условима дати сагласност на одступање. У упоредном праву се, поред ових, развијају и неки други облици одступања, макар у погледу имовинских посљедица, као што су обештећење одговорних лица од стране самог друштва или осигурање од одговорности за штету причињену трећим лицима, па чак и самом привредном друштву. Наиме, с обзиром да су лица са дужностима према друштву та која и највише раде за друштво, а под сталним су притиском ризика одговорности, неизлажењем у сусрет барем у случајевима обичне непажње, могло би се и самом друштву нанијети више штете него користи коју може остварити досљедном примјеном санкција које му стоје на располагању.

Литература/References

Aktiengesetz. *BGBI. BRD*. I. S. 1089 (1965), zuletzt geendert: I. S. 1142 (2016).

Арсвић, З., Марјански, В. (2015). *Право привредних друштава*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.

Барбић, Ј. (2013). *Право друштвава, књига друга: друштва капитала, свезак II: друштво са ограниченом одговорношћу, друштво за узајамно осигурање, кредитна унија, еуропско друштво – *societas europea (SE)**. Загреб: Организатор.

Барбић, Ј. (2013). *Право друштвава, књига друга: друштва капитала, свезак I: дионичко друштво*. Загреб: Организатор.

Birds, J., Boyle, A. J., Clark, B., MacNeil, I., McCormack, G., Twigg-Flesner, C., Viliers, C. (2007). *Boyle & Birds' Company Law*. Bristol: Jordan Publishing Limited.

Васиљевић, М. (2015). *Компанијско право*. Београд: Удружење правника у привреди Републике Србије.

Васиљевић, М. (2013). *Корпоративно управљање – изабране теме*. Београд: Удружење правника у привреди Републике Србије.

Васиљевић, М. (2007). *Корпоративно управљање – правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Васиљевић, М. (2009). Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део). *Анали правног факултета у Београду*. 1 (LVII). 5–24.

Васиљевић, М. (2009). Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део). *Анали правног факултета у Београду*. 2 (LVII). 5–28.

Васиљевић, М. (2004). *Водич за читање Закона о привредним друштвима*. Београд: Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе.

Veasey, N. E., (2003). Musings on the Dynamics of Corporate Governance Issues, Director Liability Concerns, Corporate Control Transactions, Ethics, and Federalism. *University of Pennsylvania Law Review*. (152). 1007–1021.

Gesetz Betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung, *BGBI. BRD*. I. S. 1245 (2015), пречишћени текст.

Davies, P. L., Worthington, S., Micheler, E. (2008, 2011). London: Sweet & Maxwell.

Дивљак, Д. (2003). *Компаније – заштита и сукоби интереса*. Нови Сад: Visio Mundi Academic Press.

Dignam, A. (2013). The Future of Shareholder Democracy in the Shadow of the Financial Crisis. *Seattle University Law Review*. (36). 639–694.

Edmunds, K., Lowry, J. (2003). The Continuing Value of Relief for Directors' Breach of Duty. *The Modern Law Review*. (66). 195–223.

Закон о јавним предузећима, *Сл. гласник Р. Српске*. Бр. 75 (2004), 78 (2011).

Закон о привредним друштвима. *Сл. гласник Р. Српске*. Бр. 127 (2008), 100 (2011), 67 (2013).

Закон о привредним друштвима. *Сл. гласник Р. Србије*. Бр. 36 (2011), 83 (2014), 5 (2015).

Закон о трговачким друштвима. *Народне новине Р. Хрватске*. Бр. 111 (1993), 34 (1999), 121 (1999), 118 (2003), 107 (2007).

Лепетић, Ј. (2014). Право акционара на индивидуалну тужбу. *Анали Правног факултета у Београду*. 1 (LXII). 187–204.

Lowry, J. (2009). The Duty of Loyalty of Company Directors: Bridging the Accountability Gap Through Efficient Disclosure. *Cambridge Law Journal*. 3 (68). 607–622.

Марковић Бајаловић, Д. (2011). *Право привредних друштава*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

Miller, R. L., Jentz, G. (2003). *Business Law Today*. Mason, Ohio: Thomson, Southwestern West.

Molk, P. (2017). How do LLC Owners Contract Around Default Statutory Protections?. *The Journal of Corporation Law*. 3 (42). 503–557.

Morse, G., Marshall, E. A., Morris, R. Crabb, L. (1991). *Charlesworth and Morse: Company Law*. London: Sweet & Maxwell.

Pennington, R. (1995). *Company Law*. London: Butterworths.

Петровић Томић, Н. (2011). *Осигурање од одговорности директора и чланова управног одбора акционарског друштва*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Pettet, V., Lowry, J., Reisberg, A. (2009). *Pettet's Company Law- Company and Capital Markets Law*. Harlow: Pearson Education Limited.

Рајчевић, М. (2014). Клаузула сукоба интереса. *Правна ријеч*. 40 (XI). 649–668.

Слакопер, З. (2009). *Друштво с ограниченом одговорношћу – у судској пракси и правној теорији*. Загреб: Организатор.

Schnell, N. T. (2017). Beyond All Bounds of Civility: An Analysis of Administrative Sanctions Against Responsible Corporate Officers. *The Journal of Corporation Law*. 3 (42). 711–729.

French, D., Mayson, S., Ryan, C. L. (2014). *Mayson, French & Ryan on Company Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hueck, G., Windbichler, C. (2008). *Gesellschaftsrecht*. München: Verlag C. H. Beck.

Hüffer, U. (2010). *Aktiengesetz*. München: Verlag C. H. Beck.

Companies Act, chapter 46, (2006).

Weitzel, P., Rodgers, Z. J. (2015). Broad Shareholder Value and the Inevitable Role of Conscience. *New York University Journal of Law & Business*. 1 (12). 35–97.

Zoran Vasiljevic, PhD, associate professor
Faculty of Law University of Banja Luka

CONSEQUENCES OF UNAUTHORIZED COMPETITION TO THE COMPANY

Summary

The company is a stratified entity in which more interests of different groups of subjects are incorporated, starting from the interests of the founders themselves or owners of the company, ie. shareholders, across interests of employees and managers, to the interests of third parties which are in legal relations with company. In such a constellation of relationships, the interest of the very company as a separate legal entity is highlighted and should be superior to all other interests. As a result, certain categories of subjects, and especially those who are in a position to manage or significantly influence on the management of a company, must also to comply with the statutory duties towards the company, including the prohibition of competition.

The goal of establishing this prohibition is the protection of the company's interests and, consequently, the other interests that can be incorporated under the interest of the company. In this way, company is protected from the reduction of business opportunities through unfair competition by related persons and thus from downsizing possibility of increasing assets, too. Therefore, in addition to the general rules of the law on obligations about compensation of damages, special company law rules can be applied and the consequences can be divided on property (such as compensation of damage or accounting for profits) and status one (like exclusion of a member from the company or removal of responsible person, ie. termination of contractual relationship, as well as prohibition of performing competitive activities). On an autonomous basis, company may also foresee cases of exclusion from the duty of competition or can give consent for that exclusion in each individual case or, at least, eliminate the property consequences of the violation of the prohibition in relation to the responsible persons.

Keywords: *company, unauthorized competition, damage compensation, accounting for profits, removal, exclusion of the member.*

Др Игор Камбовски,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет „Гоце Делчев“ Штип
Република Македонија

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ
doi:10.5937/zrpfni1881259K

UDK: 339.5:681.3(497.17)
Рад примљен: 25.09.2018.
Рад прихваћен: 28.10.2018.

ЗАКОН О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ – ДЕСЕТ ГОДИНА КАСНИЈЕ**

Апстракт: Закон о електронској трговини у Републици Македонији је донесен у 2007. години, у условима када је на домаћем тржишту постојало свега неколико е-продавница и када је свест потрошача о новим могућностима трговања била на веома ниском нивоу. Ипак, овај је закон, носећи у себи регулативу која уређује нове, револуционарне начине пословања и трговања, специфичан из више разлога: он поставља темеље једне нове платформе за обављање трговинске делатности, али и доноси новине у, иначе, традиционално строго формалним уговорно-правним односима, како у погледу статуса учесника тих односа, тако и у погледу дематеријализације и симплификације новонасталих уговора. Такође, нови, електронски уговор редефинише традиционална схватања облигационог (уговорног) права у погледу фаза и стадијума договарања, форме уговора и начине његовог испуњења. Овај рад представља малу десетогодишњу ретроспективу стварања и развоја правног оквира електронског пословања и електронске трговине.

Кључне речи: Закон, електронска трговина, уговори, ретроспектива.

1. Увод

Информатичко друштво је настало као производ промена у коришћењу нових технологија. Глобалне комуникације, електронска трговина и

* igor.kambovski@ugd.edu.mk

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

интернет су преплавили свет, обезбеђујући виши ниво благостања, развоја привреде и е-демократије. Свет у новом миленијуму карактерише убрзани процес глобализације, као резултат технолошког развоја и политике либерализације. У том, новом свету, информација представља кључни ресурс, а знање и способност учења и усавршавања кључ за конкурентне предности.

Увођење е-бизниса у свим сферама пословања омогућује убрзани економски раст и развој преко обезбеђивања економске ефикасности, конкурентности и профитабилности, и то захваљујући реорганизованим и унапређеним бизнис-процесима са одговарајућим моделима за имплементацију е-бизниса у компанијама, као и електронском повезивању пословних субјеката, грађана, органа јавне управе и невладиног сектора. Република Македонија располаже са једном од бољих и стабилнијих ИТ инфраструктура у југоисточној Европи, са великим бројем интернет провајдера, брзим и стабилним интернет конекцијама, чак и у најудаљенијим руралним областима. Ипак, сматра се да су могућности и употреба е-трговине још увек недовољно искоришћени, иако постоји позитивни тренд развоја.

Република Македонија је, у оквиру својих аспирација за пуноправно чланство у ЕУ, у потпуности усвојила легислативу којом се уређује електронска трговина и електронско пословање, као и сам уговор за продају посредством електронских средстава. У правцу јачања поверења потрошача, успостављено је ефикасно средство за спровођење уговора у електронском облику, правни оквир који обезбеђује исти правни статус и валидност електронских докумената са традиционалним, писаним документом. Закон о електронској трговини је ступио на снагу 11. 11. 2007. године као правни акт који је имао за циљ регулисање основних принципа пружања услуга информацијског друштва везаних за е-трговину, одговорности провајдера услуга, комерцијалне комуникације и правила у вези закључивања уговора у електронском облику. У овом закону директно су имплементирани захтеви и одредбе садржани у Директиви 200/31 ЕЗ Европског парламента и Савета Европе о одређеним правним аспектима услуга информацијског друштва, са освртом на е-трговину. Овај закон, такође, употпуњује и прецизира основни Закон о трговини из 2004. године који у својим одредбама недовољно прецизно само „помиње“ е-трговину и интернет трговину као посебне начине обављања трговине.

Што се тиче свих аспеката електронског уговора, као посебне форма уговора закљученог посредством електронских средстава или у електронском облику, која одступа од традиционалне уговорне концепције, Закон о

електронској трговини даје правни оквир у погледу регулисања њихове форме и валидности, поруцбе и потврде о пријему, као и о закључењу електронског уговора, али истовремено упућује и на примену Закона о облигационим односима из 2001. године као *lex generalis*, у погледу субсидијарне примене његових одредби.

У функцији остварења безбедности и правне сигурности корисника услуга информатичког друштва су и одредбе садржане у Закону о електронским комуникацијама из 2014. године, који уређује односе корисника комуникацијских услуга, заштиту њихових права и интереса, услове за изградњу, одржавање, безбедност, надзор и коришћење комуникацијских мрежа и услуга, конкуренције и, што је од посебног значаја, заштиту тајности и поверљивости електронских комуникација.

У области е-трговине посебно место заузимају електронски потпис и употреба података у електронском облику, које дефинише и уређује Закон о подацима у електронском облику и електронском потпису из 2001. године. Овај закон дефинише основне појмове који обезбеђују функционисање е-трговине: податке у електронском облику, електронску поруку, електронски потпис, временски жиг, пошиљаоца и примаоца електронске поруке, средства за електронско потписивање, кодове и криптографске кључеве, као и дигиталне сертификате и њихове издаваче.

Македонски Закон за заштиту потрошача из 2004. године уређује заштиту права потрошача и, у оквиру тога, прецизно нормира услове трговачког пословања које су од значаја за заштиту потрошачких права.

У функцији е-трговине су и Закон за заштиту личних података из 2005. године, који обезбеђује заштиту приватности и личног интегритета корисника услуга информатичког друштва, као и Закон о ауторском праву и сродним правима који обезбеђује правну заштиту аутора и њихових дела и трансфер ауторских дела путем интернета или осталих форми електронских комуникација.

Закон о облигационим односима прати европске трендове у погледу легислативе која уређује е-уговоре. Закон је донешен 2001. године, али већ 2002. је претрпео измене, тако што су после члана 23 додати нови чланови 23а, 23б и 23в. У члану 23а је регулисан концепт порекла електронске понуде¹, у члану 23б је уређено питање потврде пријема

1 Претпоставља се да електронска порука потиче од пошиљаоца уколико је: послата од пошиљаоца, или од стране овлашћеног лица, или информатичког система програмираног од стране пошиљаоца, или је прималац утврдио порекло поруке примењујући претходно договорену процедуру или технологију. Ова се одредба не примењује у случајевима кад: од тренутка када је прималац добио обавештење од

електронске понуде², а у члану 23в време пријема релевантне поруке од стране примаоца³. Даље, члан 64 ЗОО је био допуњен новим ставом (5) који предвиђа да сваки други начин или форма слања порука који штити интегритет текста и омогућује идентификацију извора, користећи опште прихваћена средства, има правну важност као документ.

Закон о облигационим односима је, у функцији поједностављивања позитивно-правних прописа који уређују електронско уговарање, доживео новину у 2008. години у којој су наведени чланови 23а, 23б и 23в једноставно избрисани, а био је додат нови члан 24а, којим законодавац уређује понуду учињену комуникацијским средством, као понуду међу одсутним лицима. Ако се у конкретном случају може одмах дати одговор, сматра се да је понуда учињена међу присутним лицима, осим ако законом то није другачије уређено. Значи, као опште правило прихвата се да је понуда учињена комуникацијским средством понуда међу одсутним лицима, а једино као изузетак, међу присутним лицима, уколико је испуњен услов да понуђена страна може одмах дати одговор на понуду (Коевски, 2009: 262–263). Уколико је реч о састављању исправе у функцији закључивања уговора, члан 64, став 2 предвиђа да је услов писмене форме испуњен и када стране размене писма или се споразумеју уз помоћ неког комуникацијског средства које са сигурношћу омогућује да се може утврдити постојање и садржај изјаве као и идентитет лица који даје ту изјаву.

пошиљаоца да електронску поруку није послао он лично и да је имао времена да делује, или уколико је прималац знао или је требао знати, водећи бригу или примењујући било коју од договорених технологија и процедура, да електронска порука није послата од стране пошиљаоца.

2 Када је пошиљалац претходно или у време слања електронске поруке или у самој електронској поруци тражио или се договорио са примаоцем у вези потврђивања пријема поруке или је изјавио да је електронска порука условљена пријемом потврде, сматра се да електронска порука никада није била ни послата, све док пошиљалац не добије потврду о њеном пријему. Када пошиљалац није изјавио да је електронска порука условљена пријемом потврде, а потврда није примљена у одређеном или договореном термину, или термин није одређен или договорен, у оквиру разумног рока, пошиљалац може обавестити примаоца да није добио никакву потврду о пријему, одређујући разумни рок у којем се потврда мора послати. Уколико се потврда о пријему не пошаље у оквиру одређеног времена, након претходног обавештења послатог примаоцу, пошиљалац може сматрати електронску поруку као да никад није била послата. Када се пошиљалац није договорио са примаоцем у погледу форме потврде пријема електронске поруке, потврда се може дати било каквим доказом од стране примаоца, или аутоматски или било каквим поступком примаоца, која је довољна да се укаже пошиљаоцу да је електронска порука послата.

3 Када пошиљалац добије потврду о пријему од стране примаоца, тада се сматра да је прималац добио релевантну електронску поруку. То не значи да послата електронска порука кореспондира са добијеном електронском поруком.

Сви наведени закони пружају солидна и задовољавајућа правна решења, хармонизирана са европским правом и међународном трговинском праксом. Ипак, и поред свега, у македонским условима још увек не можемо говорити о револуцији на пољу е-трговине – она тек предстоји, мада по том питању постоје и супротна, скептична становишта и мишљења, али у условима приступања Републике Македоније европској породици, такав озбиљан искорак био је више него неопходан, у сврси изградње правног оквира у коме ће моћи, или већ може, функционисати електронска трговина.

2. О Закону о електронској трговини

Електронска трговина је само површно поменута у основном Закону о трговини као један од посебних начина обављања трговине, чиме је законодавац учинио неправду, не узимајући при том у обзир важност ове, за наше прилике, нове врсте трговине, већ етаблиране и глобално распрострањене. Значи, постојао је простор за њено даље прецизирање и нормативно уређење *lex specialis*-ом – Законом о електронској трговини.

Закон о електронској трговини регулише основне принципе пружања услуга информатичког друштва, нарочито оне који су у вези са електронском трговином, комерцијалном комуникацијом и правилима са закључивањем уговора у електронском облику. Закон је релативно малог обима, садржи 25 члана распоређених у седам глава. На самом почетку садржане су опште одредбе у којима законодавац даје дефиниције термина садржаних у закону, као и предмет уређивања закона и одредбе које се односе на искључке његове примене. Конкретно, Закон из своје јурисдикције искључује: опорезивање, заштиту личних података, нотаријат и сличне професије код којих постоји веза између корисника и органа државне управе, заступање корисника и игре на срећу (лутрије, кладионице).

Приликом дефинисања термина садржаних у Закону може се уочити прецизност и свеобухватност. Рецимо, услуге информатичког друштва су дефинисане као услуге које се пружају за одређену надокнаду (услуга може бити плаћена директно или индиректно), на даљину (без истовременог присуства), путем електронских средстава (коришћењем електронске опреме, што представља и суштину е-трговине и дематеријализације...) и на лични захтев примаоца (ово је од посебне важности из разлога што је један од највећих проблема са којим се сукобљава е-трговина огромни квантум нежељених порука-спамова и информација који циркулишу медијумом – интернетом, отежавају комуникацију и могу да створе

погрешну представу код заинтересованог корисника што би довело до доношења погрешне и нежељене одлуке). Ово гледано са аспекта основних уговорно-правних начела узрокује рушљивост уговора, што повлачи надокнаду штете проузроковане таквим уговором. Нажалост, или можда на срећу, македонска судска и трговачка пракса се још увек није суочила са таквим проблемом који би, верујем, био решен у оквиру постојећих законских решења која уређују овај домен уговора са правним аномалијама, али би био интересантан са аспекта е-трговине као преседан у судској пракси и у домаћим трговинским трансакцијама које се одвијају путем интернета.

Са облигационо-правног аспекта, посебно је занимљиво како Закон дефинише стране овог посебног облигационог односа. Тако, постоје две стране које за предмет односа имају услуге информатичког друштва: лице које пружа и лице које прима услугу. Субјект који пружа услугу може да буде било које физичко или правно лице које пружа услуге информатичког друштва преко оснивања компаније-трговачког друштва са основном наменом: обављање те врсте делатности. Са друге стране је физичко или правно лице које из професионалних или неких других разлога користи услуге информатичког друштва са намером да потражи информацију или је направи доступном. Формулација је прилично широка, оставља простора за тумачење субјеката са аспекта е-трговине и овом су формулацијом обухваћена сва она лица (физичка и правна) која су директно зависна и везана за услуге информатичког друштва.

Услуге информатичког друштва нису прецизно дефинисане у Закону, али он опредељује да је њихов промет слободан, те да је пружање услуга слободно и без претходне дозволе, одобрења или концесије, у оквиру домицилног права. Ипак, Закон садржи извесна ограничења у погледу његове примене, и то у случајевима када је провајдер услуга регистрован у држави-чланици Европске уније, чак и када услугу користе физичка или правна лица из Македоније. Претходно, члан 4, став 2 упућује на поступање и пословање провајдера у оквиру домицилног права, али Закон прихвата начело земље порекла и у члану 24 (прелазна одредба) опредељује да, од датума приступања Републике Македоније Европској унији, за провајдере услуга у Републици Македонији који су регистровани у некој другој земљи чланици Европске уније, важеће је њихово домаће право, право земље у којој провајдер има седиште. Остала ограничења су таксативно набројана у члану 5, став 2 и односе се на: ауторско право и права индустријске својине, емисије електронског новца, активности осигуравајућих компанија, слободе страна да саме изаберу које ће право бити меродавно у случају закључивања уговора са страним елементом, одговорности које произлазе

и потрошачких уговора, валидност уговора за пренос права непокретне својине и дозвољеност нежељене комерцијалне комуникације – спам порука код електронске поште.

Од изузетне важности за функционисање е-трговине у Републици Македонији је дефинисање електронског уговора, и генерално свих уговора закључених електронским путем, у оквиру Закона о електронској трговини. Електронски уговор је у Закону дефинисан као уговор у коме стране (физичка или правна лица) у потпуности и делимично закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, приступају или приказују електронским путем, користећи електронска, оптичка и слична средства међу којима и интернет, али нису везани или ограничени да то обављају путем интернета. Овом се формулацијом потенцира електронски трансфер података и њихова дематеријализација, шта представља озбиљно одступање од постулата садржаних у класичним теоријама које се односе на традиционалне начине уговарања и нарочито, о форми и валидности уговора. Интернет је споменут не без разлога, с обзиром на чињеницу да исти представља основни и најзаступљенији медијум преко кога се обављају наведене активности које свеобухватно значе уговарање електронским путем.

Са обзиром на чињеницу да се електронски уговор закључује путем електронског медијума (најчешће је то интернет), а коришћење таквог медијума је омогућено од стране провајдера услуга информатичког друштва – интернет провајдера, они добијају своју специфичну улогу у погледу закључивања електронског уговора, и то у свим фазама. Ово представља новост у теорији уговарања. У оквиру својих улога и пословних активности провајдери услуга морају да дају примаоцима одређене информације на основу којих ће они касније, слободне воље и убеђивања, закључити електронски уговор. Те информације су: упознавање са различитим техничким поступцима које воде ка закључењу уговора; садржај уговора, општи услови пословања, могућност архивирања уговора и његову доступност, техничка средства за препознавање и исправљање евентуалних грешки, као и језике на којим се може закључити е-уговор. Остаје утисак о недефинисаној улози провајдера: он омогућује странама да закључе уговор, даје им медијум за то – интернет или неку другу комуникацијску мрежу, а ипак не остаје по страни, већ има делимично активну улогу код закључивања уговора која се не може окарактерисати као посредничка, зато што се коси са традиционалним схватањима о посредништву, ни као трећа страна уговора; једноставно се може сматрати једном врстом олакшивача и стимулатора електронског уговора. Закон користи формулацију: „...уговоре у електронском облику које закључују

провајдери услуга информатичког друштва...“ и из ове формулације се може протумачити да провајдер добија улогу активне уговорне стране, да закључује уговоре у своје име и за свој рачун, да није само гола подршка електронског уговора и обични провајдер услуга. Сматрам да Закон садржи непрецизност која се може тумачити двосмислено, због чега мора претрпети измену у функцији прецизирања и јасног разграничавања провајдера од уговарања и њихов повратак у сегменту техничке подршке уговарања електронским путем. Уосталом, решење се може наћи у функционалном повезивању путем закључења уговора о пословно-техничкој сарадњи између трговца и провајдера којим би били дефинисани сви технички аспекти сарадње и пружање услуга информатичког друштва, за надокнаду, а провајдер даље нема активну улогу у уговарању него обезбеђује техничку логистику у свим фазама закључивања уговора електронским путем, чува податке и омогућује њихову селективну доступност.

Имајући у обзир карактер електронског уговора о продаји, може се направити још једна дистинкција у поређењу са традиционалним уговором, и то у погледу стицања власништва и фактичке власти предмета уговора. Тако, код традиционалних начина куповине, потрошач-купац плаћа цену и излази из продавнице са купљеним производом, што значи да стиче фактичку власт у тренутку закључивања уговора и плаћања цене. Код електронског уговора постоји временско разграничење у наведеним фазама – потрошач може наручити производ и платити електронским путем, али ће производ добити у оном тренутку када га доставна служба трговца испоручи на адреси наведеној у поруџбини – нема истовременог плаћања и добијања предмета или услуге. Ту се мора обратити пажња на поруџбину као изузетно важном сегменту уговарања и закључивања уговора електронским путем.

Коначно, Закон утврђује да се електронски уговор сматра закљученим у оном тренутку када лице које шаље понуду прими електронску поруку која садржи изјаву примаоца да прихвата садржај уговора. У овом случају Закон прати традиционалну логику Закона о облигационим односима који предвиђује да се уговор сматра закљученим у тренутку када су се уговорне стране споразумеле у погледу елемената уговора, или у тренутку када лице које је послало понуду прими изјаву понуђеног да прихвата понуду (члан 18 и члан 23, став 1 Закона о облигационим односима).

Закон предвиђа и надзор у погледу његовог спровођења. Институције надлежне за спровођење надзора су: Министарство економије, Министарство за транспорт и везе и Агенција за електронске комуникације. Инспекцијски надзор обављају: Државни тржишни инспекторат и

Агенција за електронске комуникације. Провајдери су дужни, под претњом прекшајних казни, да поштују закон и да омогуће инспекцијским службама приступ и увид у њихове инсталације и опрему. У случају спора са страним елементом, провајдер и корисник услуга информатичког друштва могу међусобно да се договоре у погледу надлежности арбитраже или неког другог вансудског начина решавања спора.

На крају, Закон о електронској трговини садржи одредбу о субсидијарној примени прописа у којој директно упућује на примену одредби Закона о облигационим односима као *lex generalis*, и то у свим оним случајевима који произлазе или су повезани са уговорима закљученим електронским путем или у електронском облику, а који нису обухваћени Законом о електронској трговини. Овим се употпуњује правна празнина и повећава се правна сигурност и валидност уговора закљученим електронским путем.

3. Закључак

Из изнесеног можемо закључити да је Република Македонија донела Закон о електронској трговини у правом тренутку, да је то модеран и актуелан правни акт, усаглашен са европским законодавством, и да су услови за одвијање електронске трговине били испуњени још 2007. године. Ипак, реалност није била тако сјајна. У 2007. години у Македонији само три банке су омогућивале коришћење електронског банкарства, а потрошачи су могли да купују преко интернета код само четири онлајн трговаца! У међувремену, банке су препознале потенцијал и увеле су е-банкарство и картице за плаћање преко интернета, с тим да се промет претежно одвијао једним каналом – плаћањем ка иностранству (експанзија онлајн наруџбина се догодила 2014. године када су македонски потрошачи „открили“ AliExpress). Такође, те 2014. године је уведен и PayPal у Македонији. Amazon и eBay су се природно наметнули као највећи светски онлајн трговци и, коначно, електронска трговина више није била непознаница и постала је део свакодневице у Македонији. У 2017. години у Републици Македонији је функционисало⁴ 789 регистрованох виртуелних продајних места, од којих је 578 било активно. У поређењу са 2007. годином то представља велики пораст, али, нажалост, то је далеко испод европског и америчког просека и стандарда.

Закон о електронској трговини је претрпео три измене од 2007. до данас, али то су биле ситне, козметичке измене и допуне, без неког суштинског

4 Е-трговијата во Република Македонија-Извештај од анализата на е-трговијата, retrieved June 2018, from: https://issuu.com/ecommerce2/docs/izvestaj_e-trgovijata_rm_2018_ae

значаја. Закон је био корак пре свог времена, доживео је своју пуну функционалност седам година након његовог доношења и ступања на снагу, у 2014. години, а и данас представља солидни правни оквир за одвијање електронске трговине.

Литература/References

Коевски Г., Електронското склучување на договорите и одговорноста за нивно исполнување, Деловно право бр.20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009

Igor Kambovski, Ph.D.

Associate Professor

Faculty of Law - University "Goce Delchev", Shtip

Republic of Macedonia

THE LAW ON ELECTRONIC COMMERCE-TEN YEARS LATER

Summary

The Law on Electronic Commerce in the Republic of Macedonia was adopted in 2007, in the conditions when there were only a few e-stores on the domestic market and when consumers' awareness of new trading opportunities was at a very low level. However, this law, introducing a legal framework that regulates new, revolutionary ways of doing business and trading, is specific for several reasons-it sets the foundations of a new platform for performing trade activity, but also brings the news into traditionally strictly formal contractual and legal relations, both regarding the status of participants in these relations, as well as in terms of dematerialization and the simplification of new contracts. Also, the new, electronic contract redefines the traditional notions of the contract law in terms of the phases and stages of the agreement, the form of the contract and the ways in which it is fulfilled. This paper presents a small, ten-year retrospective of the creation and development of the legal framework for e-business and e-commerce.

Keywords: Law, E-Commerce, contracts, retrospective.

Др Ангел Ристов,*

Ванредни професор Правног факултета “Јустинијан Први”
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

doi:10.5937/zrpfni1881269R

UDK: 347.67(497.17)

Рад примљен: 30.09.2018.

Рад прихваћен: 06.11.2018.

О ПОТРЕБИ РЕГУЛИСАЊА ПИСМЕНОГ ЗАВЕШТАЊА ПРЕД СВЕДОЦИМА У МАКЕДОНСКОМ НАСЛЕДНОМ ПРАВУ**

Апстракт: Писмено завештање пред сведоцима представља писмену исправу завештаоца састављену од стране другог лица коју завешталац својеручно потписује у присуству сведока, изјављујући да је то његово завештање. Након тога потписују се и сведоци. Овај модел завештања је широко прихваћен у упоредном наследном праву. У важећем македонском наследном праву, за разлику од ранијих прописа, у Закону о наслеђивању из 1996. године законодавац је изоставио овакав облик завештања због честих злоупотреба, тежег доказивања и спорова у пракси. У раду, аутор детаљно анализира историјски развитак писменог завештања пред сведоцима и услове његове пуноважности. Осим овога, аутор, такође, анализира и аргументе против и у прилог писменог завештања пред сведоцима, судску праксу, као и решења из упоредног права, с циљем да одговори на постављено питање о потреби “реинкарнације” писменог завештања у македонском наследном праву. Уколико законодавац одлучи да поново регулише писмено завештање пред сведоцима у Грађанском законнику Републике Македоније, са предложеним изменама и допунама, то би представљало значајну реформу у сфери проширења аутономије воље у области тестаменталног наслеђивања.

Кључне речи: писмено завештање пред сведоцима, тестаментално наслеђивање, упоредно наследно право, реформе у наследном праву.

* angel.ristov@ugd.edu.mk

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Македонско наследно право није претрпело значајне промене више од седам деценија (Спировиќ Трпеновска, Мицковиќ, Ристов, 2011). То је разлог због чега се важеће законодавство, у великој мери, заснива на принципима и решењима из прошлог социјалистичког правног поретка (Хаџивасилев, 1983:188). Ово се посебно односи на одредбе којим се уређује тестаментално наслеђивање (Мицковиќ, Ристов, 2016:188-206). Осамостаљивањем Републике Македоније и доношењем Устава¹ из 1991. године уследиле су значајне промене у друштвеном (Спировиќ Трпеновска, Мицковиќ, Ристов, 2010), политичком, економском и правном уређењу што се одразило и у сфери наслеђивања (Шкарик, 2015: 359-392). У новом либерално-демократском поретку није било више места ограничењу слободе тржишта, предузетништва и приватне својине, као што је било у прошлости (Групче, 1976:125-149; Живковска, 2005:55-62). И поред ових измена, доношењем Закона о наслеђивању² из 1996. године, законодавац је, уместо да прошири обим аутономије воље тестаменталним наслеђивањем, исту ограничио редуцирањем одређених видова завештања (Ristov, 2013). Имајући у виду да је од 2011. године, почео рад на Грађанском законнику Републике Македоније³ (Галев, 2009), једно је од значајних питања које се нашло пред Комисијом о реформама наследног права (Micković, Ristov, 2013), између осталог, било је питање да ли су потребни нови облици завештања (Мицковиќ, Ристов, 2016). Дали су постојећи облици завештања довољни грађанима? Да ли је писмено завештање пред сведоцима неоправдано искључено стране законодавца у важећем праву? Направљена анализа разлога које је законодавац имао у виду у прошлости, нова анализа промењених околности у правном животу, као и решења из упоредног права омогућава да се да одговор на постављено питање да ли је потребна “реинкарнација” писменог завештања пред сведоцима у македонском наследном праву.

2. Историјски развој писменог завештања пред сведоцима

Писмено завештање пред сведоцима је претходно написана изјава последње воље оставиоца коју он својеручно потписује у присуству два сведока изјављујући да је то његово завештање (Vlagojević, 1983). Своје

1 „Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09 и 13/09.

2 „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

3 Одлука Владе Републике Македоније „Службен весник на Република Македонија“ бр. 4/2011.

корене ово завештање вуче још из времена посткласичног римског права (Пухан, 1973:442), као облик редовног и приватног завештања (*testamentum allographum*) (Пухан, Поленак Акимовска, Бучковски, Наумовски, 2015:358-359). Најпре се појавио као варијанта *testamentum per aes et libram*, а касније је био познат као *testamentum septem signorem* (Ђорђевић, 1997:207). Након столећа, писмено завештање пред сведоцима је предвиђено и у првим грађанским кодификацијама 19 – тог века, као што је то пример са Аустријским грађанским закоником (1811), а под његовим утицајем и Српски грађански законик (1844) и др. Током времена, због све чешћих злоупотреба у пракси, ово завештање у одређеним европским законодавствима је било напуштено. За разлику од њих, у англосаксонском праву, писмено завештање пред сведоцима је најчешћи практиковани облик завештања (Спировић Трпеновска et al. 2011: 296-299).

У македонском наследном праву, писмено завештање пред сведоцима први пут је било уређено Савезним законом о наслеђивању⁴ из 1955. године. Сагласно чл. 69 “завешталац ко зна да чита и пише може да састави завештање тако што ће исправу коју му је неко други саставио својеручно да потпише у присуству два сведока, изјављујући пред њима да је то његово завештање. Сведоци треба да се потпишу на завештању, и пожељно је да се означи њихово својство.” Касније је ту одредбу у потпуности преузео први републички Закон о наслеђивању⁵ из 1973. године (чл. 67) који је примењиван све до дана ступања на снагу Закона о наслеђивању из 1996. године, који није предвидео овај облик завештања. Ипак, одредбе писменог завештања пред сведоцима, као објективно право, још увек су важеће и примењују се, уколико је овакво завештање састављено пре ступања на снагу важећег Закона о наслеђивању из 1996. године.

3. Услови о пуноважности писменог завештања пред сведоцима

Писмено завештање пред сведоцима (алографско завештање), представља раније написану писмену исправу коју завешталац својеручно потписује у присуству два сведока, изјављујући да је то његово завештање, након чега се потписују и сведоци. Сагласно Закону о наслеђивању из 1973. године, писмено завештање пред сведоцима може да састави свако тестаментално способно лице које је писмено, односно, које у моменту потписивања завештања зна да чита и пише (Хаџивасилев, 1983:209). Полазећи од ове законске одредбе, да би писмено завештање пред сведоцима било пуноважно потребно је да буде испуњено више услова

4 „Службен лист на СФРЈ“ бр. 20/55, 12/65 и 42/65 (преч. текст)

5 „Служен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78.

(Ђурђевић, 2017:73). У том смислу проф. Миле Хаџивасилев истиче да је потребно да „завешталац који зна да чита и пише, свој потпис стави пред два сведока на раније састављеној исправи истовремено изјављујући да је писмено његово завештање, а затим се и сведоци потписују на завештању“ (Хаџивасилев, 1983:209).

Најпре, завешталац мора да припреми писмену исправу која садржи његову последњу изјаву воље о располагању његовом имовином у случају смрти (Ристески, 1995:65). По правилу, због правних формулација и термина, за које је неопходна правна стручна помоћ, у пракси, ово завештање саставља адвокат према казивању завештаоца (Antić, Balinovac, 1996:286). Ово, писмено завештање пред сведоцима познато је и као адвокатско завештање. Није искључена и могућност, да, уместо адвоката, по казивању завештаоца изјаву напише и друго лице, родбина, брачни партнер, наследник и др. То може да буде и лице које ће се касније појавити као сведок завештања. Није искључена ни могућност да писмено завештање пред сведоцима напише и сам завешталац на машини за писање, компјутеру, или другим техничким средством. У том смислу ирелевантно је ко је написао завештање, да ли завешталац, или неко друго лице по казивању завештаоца.

Имајући у виду да друго лице према казивању завештаоца саставља завештање, потребно је да завешталац провери да ли је његова изјављена воља стварно пренета на писмену. Да би могао да прочита писмено и да се увери у његову садржину, завешталац мора да буде писмен,⁶ односно да зна да чита и пише на језику на коме је састављено завештање.⁷ Завештање неће бити пуноважно уколико је завешталац слепо лице, или да због слабог вида није у могућности да прочита завештање.⁸ Разлог овоме је што се по својој суштини ово завештање заснива на претпоставци да се завешталац, пре његовог потписивања, упознао са његовом садржином.⁹

6 “Ако неко зна само да потпише своје име и презиме то није писменост која је потребна као средство саобраћаја између људи и за стварање и уређивање међусебних правних односа. Такав потпис изедначаје се са свком другом механичком стављању знака или потврде потписа договора и не разликује се у ничем другом од рукознака или било ког другог механичког знака.” (Врховни суд Југославије, Рев -920/65)

7 “Битно је да завешталац зна да чита и да пише на језику на коме је састављена исправа завештања” (Врховни суд НР Македоније, Гз- 31/57)

“Не постоји пуноважно завештање из чл. 69 Закона о наслеђивању када је завештање састављено на српскохрватски језик као приватна исправа, а оставитељ не прича на српско-хрватском језику” (Врховни суд Србије, Одељење у Новом Саду, Гж-1397/64)

8 “Не постоји писмено завештање пред сведоцима ако завешталац због оштећеног вида није био у стању да чита и пише” (Савезни врховни суд, Рев - 769/62)

9 „Услов пуноважности завештања предвиђен чл. 69 из ЗН, да оставитељ зна да чита и пише претпоставља писменост и способност да прочита и разуме садржину

Први битан услов писменог завештања пред сведоцима је изјава завештаоца да раније припремљено писмено представља његово завештање. Чину признања завештања мора да присуствују два сведока. Признање може бити изричито, када нпр. завешталац изјави “ово је моје завештање”; “то је моја последња изјава воље” или “то сам имао да кажем”. Признање може бити направљено и прећутно, када га након диктирања завештања, завешталац прочита и потпише пред сведоцима.

Други битан елемент пуноважности писменог завештања пред сведоцима је потпис завештаоца.¹⁰ Њиме се потврђује да састављено писмено представља последњу вољу завештаоца. Због тога, унапред стављени потпис на бланко листу на коме је садржина написана од стране другог лица не представља пуноважно завештање. Потпис завештаоца треба да се састоји од његовог имена и презимена или скраћеног потписа којим се он уобичајено користио у правном промету. Потпис треба да буде стављен на крају завештања. Након потписа завештаоца не могу се дописивати друге изјаве које судска пракса не узима у обзир, с обзиром да након потписа завештаоца треба да стоји датум и потписи сведока. Уколико је завештање састављено на више листова пожељно је да завешталац свој потпис стави на сваком листу да би се избегле могуће злоупотребе и спорови.

Трећи елемент је обавезно присуство два сведока пред којим завешталац треба да изјави да је то његова последња изјава воље и да завештање потпише. Није потребно да сведоци знају садржину завештања.¹¹ Завешталац није обавезан да сведоке упознаје са садржином свог завештања.¹² Они треба да потврде само две чињенице. Прво, они треба да потврде да је завешталац признао завештање за своје и друго, након што га је признао својеручно потписао.¹³ Ове радње су непосредно повезане, због чега двојица сведока треба истовремено да присуствују при признању и потписивању завештања.¹⁴ Да би остварили своју улогу, сведоци мора да буду писмени и да познају језик на коме је завешталац признао своје

завештања“ (Врховни суд Југославије, Рев - 1973/65)

10 „Потписивање завештања од стране оставитеља мора да буде пропраћено истовременом изјавом да је то његово завештање.“ (Савезан Врховни суд, Рев - 3719/62)

11 „За пуноважност завештања није битно да завешталац завештање прочита.“ (Врховни суд НР Словеније, Пж-185/62)

12 Види Одлуку Врховног суда НР Хрватске, Г-ж -1239/55.

13 *Ibid.*

14 „За пуноважност писменог завештања пред сведоцима (чл. 69 из ЗН) потребно је да оставилац пред сведоцима изјави да је то његово завештање и истовремено пред сведоцима да га потпише.“ (Врховни суд на Југославија, Рев - 689/63)

завештање. Они треба да буду у могућности да се користе чулима за вид и слух.

Напоследку, битан елеманат пуноважности овог завештања су и потписи два сведока који својим потписом потврђују аутентичност потписа завештаоца и његову изјаву да је потписано његово завештање. Законоодавац је прописао да је корисно да у завештању буде назначено својство сведока. Тако најчешће изнад потписа стоји реч “сведоци”. Али, уколико то није написано завештање ће бити пуноважно. И поред тога што датум и место нису битни елементи, законодавац предвиђа да је пожељно да буду предвиђени како би се избегле тешкоће повезане доказивањем одређеним чињеницама.

4. Облици завештања према важећем македонском наследном праву

Важећи Закон о наслеђивању из 1996. године предвиђа шест облика завештања (Спировиќ Трпеновска, 2009:151-154), и то: 1) својеручно завештање;¹⁵ судско завештање;¹⁶ дипломатско-конзуларно завештање;¹⁷ војничко завештање;¹⁸ међународно завештање¹⁹ и усмено завештање.²⁰ Од наведених облика редовних завештања (својеручно, судско, дипломатско-конзуларно и међународно) у пракси су заступљени само својеручно и судско завештање, а од ванредних облика завештања само усмено завештање. Остали облици завештања у пракси се не примењују. Они су само чист “декор” закона. Осим наведених облика завештања, важеће наследно право познаје и тзв. нотарско завештање.²¹ Могућност да нотар састави завештање према одредбама судског завештања била је предвиђена

15 Чл. 66 од ЗН.

16 Чл. 67-71 од ЗН.

17 Чл. 72 од ЗН.

18 Чл. 73 од ЗН.

19 Чл. 74-89 од ЗН.

20 Чл. 90 од ЗН.

21 Дуго време у правничкој фели било је прихваћено мишљење да не постаје речи о новој, различитој форми завештања, из разлога што нотарско завештање се саставља према одредбама које важе за саставаљање судског завештања. У том смислу, проф. Љиљана С. Трпеновска истиче да се специфика овог завештања „састоји од овлашћења нотара да састави нотарски акт о изјави последње воље, као и чињеницу да овако састављен нотарски акт, има форму и дејство одговарајућег судског завештања.“ (Спировиќ Трпеновска, Љ. 2009:155).

првим Законом о вршењу нотарских послова²² из 1996. године. Овакву могућност је предвиђао и Закон о нотаријату²³ из 2007. године, укључујући и нови Закон о нотаријату²⁴ из 2016. године (Коцевски, 2017: 55-73). Ипак, према изричитом слову закона, облик, *облик нотарског завештања* не постоји и није позната у нашем наследном праву (Ристов, 2017:27-43). Прегледом бројних специфика које поседују ово завештање, насупрот судском завештању, с правом се очекује од законодавца да нотарско завештање подробно уреди у предстојећој реформи наследног права. У овом смислу, сматрамо да постојећи облици завештања нису довољни. Мислимо да је због тога потребно ревидирати потребу повећањем броја облика завештања, с циљем да би грађани имали већи избор (Мицковиќ, Ристов, 2015:187-192). То неминовно намеће потребу да, поред уређења нотарског (Ibid; 187-190) и тајног завештања (Ibid;190-192), одређеним изменама, законодавац поново уреди писмено завештање пред сведоцима.

5. Аргументи против и у прилог писменог завештања

Важеће македонско наследно право, за разлику од претходног, није предвиђало облик писменог завештања пред сведоцима. У науци овакав став се оправдава чињеницом да главни недостатак овог облика завештања је што он не даје довољно гаранције обезбеђивања аутентичности последње воље завештаоца. Кључни аргуменат негативног става законодавца у односу на писмено завештање пред сведоцима биле су честе злоупотребе повезане стављањем потписа на бланко-листу од стране покојнога за друге потребе (Хаџивасилев,1983:208). Касније, на бланко потписаном листу лако је мењана садржина завештања од стране наследника, разумљиво у њихову корист, а након тога су се потписивали и поверљиви сведоци. Могућност лаког фалсификовања потписа завештаоца, без обзира на то што ово завештање може саставити само писмено лице у присуству два сведока, такође су били разлог његовог изостављања (Мицковиќ, Ристов, 2016:209-210). Тешкоће доказивања злоупотребе, је приморало ауторе законских одредаба да се лако откажу од овог облика завештања, која је у прошлости била често практикована од стране грађана, уз помоћ адвоката. У поређењу са нашим правом, облик писменог завештања пред сведоцима и даље је било задржано у новим наследним законодавствима екс југословенских република: Србија (Стојановић, 2011; Антић, 2001), Хрватска (Klarić, Vedriš, 2006), Словенија (Tratnik, 2003; Zupančić, 2002),

22 „Службен весник на Република Македонија“ бр. 59/96, 25/98, 6/2002 и 66/2006.

23 Закон за нотаријат „Службен весник на Република Македонија“ бр.55/2007, 86/2009, 139/2009 и 135/11.

24 „Службен весник на Република Македонија“ бр. 72/16.

Црна Гора (Kadić, 2008) и Босна и Херцеговина. Али ово није случај и са наследним правом Македоније. Да ли ово указује на то да се македонски грађани одликују сналажљивошћу и досетљивошћу прављењем злоупотреба? Да ли је то кључни разлог што је ово завештање напуштено? Одговор на ово питање најбоље зна само законодавац. Ипак, мислимо да одређени негативни изузеци не треба да постану правило.

У јавним расправама поводом радних верзија књиге 4 о Наследноправним односима, адвокати су указали на потребу поновног увођења писменог завештања у нашем наследном праву.²⁵ Повећање свести грађана, правничке културе и професионално вршење правничке професије, допринели су да буде заборављена пракса стављања потписа на бланко листу. Данас су ретки примери када то траже адвокати, а још ређи да постоје грађани који стављају свој потпис на документу а да га не прочитају, да се не консултују око њега, посебно када је то празан лист. Због тога, управо, адвокати и други практичари траже да се овај облик завештања, у интересу грађана, “реинкарнира” у позитивном наследном праву.²⁶ Савремени начин живота и коришћење компјутера и принтера у савакодневной комуникацији, одавно су заменили “краснопис” и својеручно писање. У том смислу, писмено завештање, не би представљало велико финансијско оптерећење завештаоца. Његово састављање временски је флексибилније и не тражи посебне процедуре. Насупрот томе, завештање може бити састављено у породичној и пријатељској атмосфери, без нарушавања приватности и тајности садржине завештања, а разлог више је што завешталац није обавезан да сведоке упознаје са садржином завештања. Повратак писменог завештања пред сведоцима у нашем наследном праву биће од велике користи грађанима који имају потребу за већим избором приликом тестирања. Остаје дилема размишљања. Да ли без икаквих измена треба да буду прихваћена ранија решења? Или, у интересу правне сигурности треба да буду направљене одређене измене и допуне са циљем да би биле онемогућене било какве злоупотребе.

6. Писмено завештање пред сведоцима у упоредном праву

У упоредном праву писмено завештање пред сведоцима као облик редовног и приватног завештања је широко заступљено (Garb, 2004). У англо-саксонском праву то је један од најчешће примењиваних облика

²⁵ Стручна конференција „Новини во семејното и наследното право во Граѓанскиот законик на Република Македонија“ Адвокатска комора на Република Македонија, Скопје, 28 април 2014 година.

²⁶ *Ibid.*

завештања који има дугу правну традицију (Спировиќ Трпеновска, et al. 2011: 296-299; Scalise, 2006; Scalise, 2008; Shulman, 2007). Ово завештање је прихваћено у већем броју европских законодавстава и шире. У погледу његовог уређења, општеприхваћено је да се писмено завештање саставља тако да завешталац пред сведоцима својеручно потпише раније написано писмено изјављујући да је то његово завештање, након чега се потписују и сведоци. Разлике постоје у односу на број сведока приликом његовог састављања. Тако, у одређеним законодавствима писмено завештање саставља се пред три сведока. Овакво решење је предвиђено у праву Аустрије Лихтенштајна и Бразила. У другим законодавствима је предвиђено решење да се писмено завештање пред сведоцима саставља пред најмање два сведока, не ограничавајући максимални број могућих сведока. Ту спадају право Кине, Јужне Африке, Њујорка и Венецуеле. У том смислу, само другим речима издваја се предвиђено решење у праву Израела, које прописује да се писмено завештање пред сведоцима саставља пред два или више сведока.

У упоредном наследном праву доминира решење према коме се писмено завештање пред сведоцима саставља пред два сведока. Ово решење је прихваћено у праву Квебека, Данске, Енглеске и Велса, Финске, Мађарске, Индије, Ирске, Новог Зеланда, Норвешке, Пољске, Словеније, Хрватске, Србије, Црне Горе, Републике Српске и др. Једино у праву Шкотске је предвиђена могућност да ово завештање буде састављено само пред једним сведоком.

7. Писмено завештање пред сведоцима *de lege ferenda* - уместо закључка

Направљена анализа аргумената против и у прилог писменог завештања пред сведоцима, промењене чињенице у правном животу, као и решења из упоредног наследног права несумњиво су потврдили потребу за уређењем овог облика завештања у нашем наследном праву. Уређивањем писменог завештања биће проширена аутономија воље у сфери тестаменталног наслеђивања. Зато, законодавац треба да уреди овај облик завештања у Грађанском законнику Републике Македоније.

Што се тиче његовог законског уређења, сматрамо да треба да буде преузета формулација из ранијег закона. Ипак, треба повећати правну сигурност и избећи евентуалне злоупотребе. Потребно је повећати број сведока, од два на три сведока. Поред овога, нужно је да завешталац, такође, изјави да је упознат са садржином завештања. Овим предлозима, сматрамо да ће грађани имати већи број избора завештања. Осим тога, мислимо да и

датум треба да буде битан елемент завештања. У том смислу, предлагемо да одредбе којим би се уредило писмено завештање требало би да гласи: “Писмено завештање пред сведоцима: завешталац који зна да чита и пише може направити завештање тако што ће исправу коју је искуцао, или неко други му је саставио на машини или неким другим техничким средством, својеручно потписати у присуству три сведока, изјављујући да је то његово завештање и да је упознат са његовом садржином. Завештање мора да садржи датум његовог састављања. Сведоци треба да се потпишу на завештању, а потребно је да се назначи и њихово својство као сведока.”

Литература/References

- Антић Б. О. (1994) *Наследно право*, Народна књига, Београд.
- Антић Б. О. (2001) *Наследно право*, Народна књига, Београд.
- Antić, O. Balinovac, M. Z. (1996) *Komentar zakona o nasleđivanju*, Beograd.
- Влагојевић, В. (1983) *Nasledno pravo u Jugoslaviji, prava republika i pokrajina*, Savremena administracija, Beograd.
- Галев, Г. (2009) *Проект за изработка на Граѓански законик на Република Македонија*, Скопје.
- Garb, L. (2004) *International Succession*, Kluwer Law International.
- Gavella, N. (1986) *Nasledno pravo*, Informator, Zagreb.
- Gavella, N.(1983) *Pravni položaj nasljednika*, Zagreb, Ѓаковас.
- Граѓански законик за Краљевину Србију*, (1939) Објашњен одлукама Касационог суда у Београду, Београд.
- Групче, А. (1976) *Граѓанско право втор дел – Стварно право*, Култура Скопје.
- Групче, А. „Кон физиономијата на новиот Закон за сопственост и други стварни права“, *Зборник во чест на Асен Групче*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен Факултет, Скопје.
- Дабовиќ Анастасовска, Ј. (1996) „Правото на сопственост како гарантирано економски и социјално право на човекот и граѓанинот на Република Македонија“, *Слободите и правата на човекот и граѓанинот во Република Македонија*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет – Скопје.
- Ѓурѓевић, Д. (2009) „Актуелна реформа наследног права у Црној Гори“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2009, Београд.

Ђурђевић, Д. (2017) *Институције наследног права*, Правни факултет, Универзитет у Београду.

Живковска, Р. (2005) *Стварно право, книга I*, Европа 92, Скопје.

Џивојиновић, Д. (2004) „Zaveštanje u sudskoj praksi“, *Pravni život*, Udruženje правника Србије, Београд.

Kadić, Lj. (2008) „Osvrt Predlog Zakona o nasleđivanju Crne Gore“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, In memoriam prof. d-r Branislav Tomković*, br. 38, Podgorica.

Коцевски, М. (2017) „Новини кои произлегуваат од новиот Закон за нотаријатот“ *Охридска школа на правото 2016*, бр. 4, Iuridica Prima.

Klarić, P. Vedriš, M. (2006) *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, X izdanje*, Narodne Novine, 2006.

Micković, D. Ristov A. (2013) „Kodifikacija naslednog prava u Republici Makedoniji“, *Pravni život*, Udruženje правника Републике Србије.

Мицковиќ, Д, Ристов, А. (2016) *Наследно право*, Стоби Трејд, Скопје.

Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2016) *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, Скопје.

Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2014) „Реформите во наследното право предвидени во Преднацртот на Граѓанскиот законик на Република Македонија“, *Правник, Здружение на правниците на Република Македонија*, Скопје.

Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2011) „Реформите во семејното и наследното право и ингеренциите на нотарите“ *Нотариус*, публика Македонија, Скопје.

Пухан, И. (1973) *Римско право*, Универзитет Кирил и Методиј, Скопје.

Пухан, И. Поленак Акимовска, М. Бучковски, В. Наумовски, Г. (2015) *Римско право*, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје.

Ђорђевић, В. (1997) *Наследно право*, Правни факултет Ниш.

Ристески, Р. (1995) *Наследување врз основа на тестамент*, Друштво за наука и уметност Прилеп.

Ристов, А. (2013) *Автономија на волјата и нејзините граници во македонското наследно право*, Меѓународна научна конференција, ГИЗ, Тирана.

Ристов, А. (2017) „За потребата од уредување на нотарскиот тестамент во македонското наследно право – de lege ferenda“, *Охридска школа на правото – 2017*, том 6, Iuridica Prima, стр. 27-43.

Ristov, A. "The Freedom of the Testamentary Disposition in the Macedonian Succession Law" *Iustinianus Primus Law Review*, Skopje, No. 7.

Scalise J. R. (2006) "New Developements in United States Succession Law", *The American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, Vol. 54.

Scalise J.R. (2008) Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 19, 41.

Спировиќ Трпеновска, Љ. (2009) *Наследно право*, 2 Август-С, Скопје.

Спировиќ Трпеновска, Љ. Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2011) „Дали се потребни промени во наследното право на Република Македонија“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“*, во Скопје во чест на проф. Ганзовски, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје.

Спировиќ Трпеновска, Љ. Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2010) *Наследното право во Република Македонија*, Културна установа „Блесок“, Скопје;

Спировиќ Трпеновска, Љ. Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2011) *Наследувањето во Европа*, Блесок, Скопје.

Спировиќ Трпеновска, Љ. Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2010) „Современите тенденции во наследното право“ *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“* во Скопје во чест на проф. Никола Матовски, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје.

Стојановиќ, Н. (2011) *Наследно право*, Универзитет у Нишу Правни факултет, Ниш.

Stupar, M. (1960) *Zbornik građanskih zakonika stare Jugoslavije*, Grafički Zavod, Titograd.

Tratnik, M. (2002) *CIVILNO PRAVO Zbirka predpisov*, Codex Iuris, Maribor.

Хаџи Василев, М. (1983) *Наследно право*, Култура, Скопје.

Чавдар, К. (1996) *Коментар на законот на наследувањето*, „Академик“, Скопје.

Шкариќ, С. (2015) *Уставно право*, Осмо издание, Култура, Скопје, 2015.

Shulman Kennet & all, (2007) Assessment of Testamentary Capacity and Vulnerability to Undue Influence, *American Journal of Psychiatry*, No. 164.

Angel Ristov, PhD

Associate Professor, Faculty of Law „Iustinianus Primus“
University „Ss. Cyril and Methodius“ Skopje

**ON THE NECESSITY FOR REGULATING THE WRITTEN WILL
BEFORE WITNESSES IN THE MACEDONIAN INHERITANCE LAW**

Summary

A written will before witnesses is a written declaration of a testator compiled by other person, which the testator personally signs in presence of witnesses, declaring that this is his last will, after which the witnesses also sign on the will. This form of will is widely accepted in Comparative Inheritance Law. In the current Macedonian Inheritance Law, unlike previous regulations, in Inheritance Law Act from 1996, the legislator omitted this form of will because of the frequent abuses in the past, hard evidence and disputes in practice. In this paper, the author analyzes in details the historical development of a written will before witnesses and the conditions for its validity. In addition to this, the author also analyzes arguments against and in addition to the written will before witnesses, the court practice, as well as the solutions from the comparative inheritance law, in order to answer the question raised about the need for “reincarnation” of the written will before witnesses in the Macedonian Inheritance Law. If the legislator decides to re-regulate the written will before witnesses, expanding the principle autonomy of will, in the Civil Code of the Republic of Macedonia, with the proposed amendments, this would be a significant reform in the sphere of inheritance by will.

Keywords: *written pledge to witnesses, testamentary inheritance, comparative inheritance law, inheritance reforms.*

Др Марија Амповска,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет „Гоце Делчев“, Штип

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881283A

UDK:347.447.84: 347.56(497.17)

Рад примљен: 20.09.2018.
Рад прихваћен: 17.11.2018.

НАКНАДА ШТЕТЕ У СЛУЧАЈУ ПРОФЕСИОНАЛНЕ ОДГОВОРНОСТИ У ПРАВНИМ ПРОФЕСИЈАМА У СКЛАДУ СА ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ**

Апстракт: Израз професионална одговорност је један од појмова који данас још увек дели правну теорију. Да би се анализирано оно што је у главном фокусу нашег рада, најпре треба дефинисати појам професионалне одговорности. Осим тога, специфичност професионалне одговорности у правним професијама ће бити сагледана у контексту анализе законске регулативе како би се утврдила основа ове одговорности. Да ли је професионална одговорност уговорна или деликтна одговорност? Да ли је регулисана *lex specialis* регулативом, или се у овим случајевима примењују општа правила одштетног права? Анализа македонског Закона о облигационим односима и посебних закона који регулишу ово питање у националном правном систему треба да покаже да ли се неки професионалци суочавају са било којим степеном неусклађености између законске регулативе и да ли постоји потреба за извесним изменама које ће се увести у правну регулативу професионалне одговорности. Питању накнаде штете ће се приступити дефинисањем основних услова за настајање ове обавезе: оштећење, погрешно поступање и узрочност. Нагласак у овом раду биће на специфичностима које дефинишу услове под којима особа може добити компензацију. Правне професије којима ће бити посвећена пажња у раду су адвокати, јавни извршитељи и нотари.

Кључне речи: професионална одговорност, компензација, штета, одговорност према трећем, адвокат, јавни извршитељ, нотар.

* marija.ampovska@ugd.edu.mk

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Уводне напомене

Данас, из заједничког појма професија, као активности којом се неко бави ради остваривања прихода, издваја се термин интелектуална професија. За чланове интелектуалних професија сматрају се носиоци законски регулисане професије, односно адвокати, јавни извршитељи, јавни бележници, судије, тужиоци, повереници, све медицинске и сродне струке, архитекте, овлашћени градитељи, ревизори, рачуновође, итд, а у многим правним системима овај термин се простире на чланове уметничке професије (Petrić, 2010: 24). Иако у правној теорији још увек не постоји општеприхваћени појам интелектуалне професије, нити постоји потпуна сагласност о томе која занимања спадају под овај појам, чињеница је да постоје разлози за ово издвајање из општег појма професије. Ради се о специфичним својствима која знатно диференцирају интелектуална занимања од других професија (Petrić, 2010: 24). У овој студији ћемо се фокусирати само на правну струку, или конкретније на следеће законски регулисане професије: адвокате, нотаре и јавне извршитеље, а занимање судија биће поменуто ради поређења са адвокатима. Циљ истраживања у овом раду је аспект одговорности који проистиче из обављања ове струке или професионалне одговорности. Генерално говорећи о професионалној одговорности, она постоји кад год носилац одређене професије крши обавезе које произлазе за њега у процесу пружања професионалних услуга својим клијентима. Специфичност уговорних обавеза већине интелектуалних професија је да се предузимају обавезе које су познате као обавезе средстава, а не обавезе резултата (Petrić, 2010: 37). То значи да је лице које врши професионалну делатност дужно да користи стручна знања и вештине и да поступа са дужном пажњом да се постигне одређени циљ у интересу странке, али не и да буде посвећено постизању резултата. Осим тога, професионална одговорност се може јавити као грађанско-правна одговорност, дисциплинска одговорност и кривична одговорност. Свака од одговорности носиоца професије претпоставља постојање посебних правних прописа којима се утврђују услови за настанак одговорности, поступак у којем се утврђују и надлежни органи за утврђивање и изрицање санкција. Предмет интереса за нас је једино грађанско-правна одговорност за штету проузроковану обављањем професионалне правне делатности. Сврха постојања грађанско-правне одговорности је да обезбеди надокнаду за оне који претрпе штету због непрофесионалног понашања. Као правне професије у нашем праву наводе се адвокати, нотари, јавни извршитељи, судије, јавни тужиоци и други. С обзиром на то да предмет истраживања очигледно може бити веома обиман, у овом раду ћемо изложити само најопштија обележја одговорности за штету учињену од стране носилаца

правних професија: адвоката, нотара и јавних извршитеља, како бисмо одговорили на нека од основних питања одговорности за штету у македонском праву:

- која је правна природа професионалне одговорности за штету у овим случајевима;
- да ли је реч о уговорној или деликтној одговорности;
- који су општи и посебни услови да би одговорност настала;
- да ли се код правне професије примењују општа правила одштетног права, или се ради о примени посебних правила;
- какво је правно уређење професионалне одговорности правних стручњака у Републици Македонији и слично.

Уопштено говорећи о професионалној грађанској одговорности, у правној теорији постоје становишта да је у овој области оправдано постојање посебних законских прописа који регулишу питање одговорности за наношење штете. При томе, као аргументи за такве ставове наводе се посебан положај који чланови таквих професија имају у праву, као и специфичне карактеристике њихових обавеза према странкама и трећим странама. Још један аргумент у корист ових ставова је да је постојање посебних законских прописа резултат напора сваког правног система да се направи правична расподела ризика од оштећења између припадника одређене професије и оштећене стране (Николић, 2017: 449).

2. Појам правне професије у праву Републике Македоније

2.1. Појам адвокатске делатности

Говорећи о адвокатској делатности у праву Републике Македоније, можемо указати на следећу правну регулативу.

Устав Републике Македоније садржи одредбу према којој је адвокатура самостална и независна јавна служба која пружа правну помоћ и врши јавна овлашћења у складу са законом.¹ Такође, у складу са нашим Законом о адвокатури,² адвокатура је самостална и независна јавна служба која обезбеђује и пружа правну помоћ, а адвокати су одговорни за јавна

1 Устав Републике Македоније, *Службени гласник Републике Македоније* бр. 52/91, са амандманима објављеним у: *Службени гласник Републике Македоније* бр. 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09 и 49/11.

2 Закон о адвокатури, *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 59/2002, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/2011, 113/2012 и бр.148/2015.

овлашћења у складу са овим законом и другим законима. У македонском праву посебни прописи који се односе на адвокатску професионалну делатност су Закон о адвокатури, Статут Адвокатске коморе Републике Македоније³ и Кодекс професионалне етике адвоката, адвокатских стручних сарадника и адвокатских приправника.⁴ Закон о адвокатури значајан је за уређивање грађанско-правне одговорности за штету причињену од адвоката због тога што (Здравева, 2015):

- садржи одредбе које одређују поступке које је адвокат обавезан да обавља, односно делокруг поступања адвоката,
- садржи одредбе о правима и дужностима у обављању адвокатске професије,
- садржи одредбе о одговорности адвоката а, иако су генерално одредбе везане за дисциплинску одговорност, могу се тумачити и на пољу одговорности за штету,
- садржи одредбе о осигурању од одговорности адвоката.

Генерално говорећи, о овој правној струци можемо рећи да се као професионална активност одликује комплексношћу и захтева познавање постојећих прописа и судске праксе. Приликом обављања своје делатности, пред се адвокатом су многи ризици за наношење штете првенствено својим клијентима, али и трећим лицима. Због тога се адвокатура, као посебна врста професионалне делатности, сматра извором опасности за наступање штете (Belanić, 2010: 264). Из наведеног разлога појавила се потреба за обавезним осигурањем од одговорности адвоката. У македонском праву предвиђа се чланом 37-а Закона о адвокатури (у даљем тексту ћемо користити скраћеницу ЗА), према коме: „Адвокат је дужан да се осигура од одговорности за штету коју би са намером извршио трећим лицима при обављању делатности адвоката. Уговор о осигурању од одговорности за адвокате – чланове адвокатске канцеларије и адвокате који раде у тој компанији, закључује компанија.“ Ова обавеза односи се и на иностране адвокате и адвокатска друштва.⁵ На тај начин оштећено лице, без обзира на солвентност штетника – адвоката, надокнађује штету која му је причињена грешкама, пропустима или другим начином неадекватног пружања такве услуге, до износа осигуране суме код осигуравајућег друштва (Belanić,

3 Статут Адвокатске коморе Републике Македоније, *Службени гласник Републике Македоније*, бр.169/2011, 68/2012,76/2013, 189/2014.

4 Текст Кодекса је доступан на следећем линку <http://www.mba.org.mk/index.php/mk/akti/kodeks-etika>, Retrived 2. 3. 2018. године.

5 Члан 37-б, Закон о адвокатури.

2010: 264), а уједно се оснажује и поверење у адвокатску канцеларију и независност и аутономија адвокатуре као јавне службе за правну помоћ (Ћурковић, 1997: 39).

2.2. Појам нотаријата

Код нотаријата срећемо мешовите природе услуга чија оригиналност произлази из фузије слободне професије и јавног сервиса. Јавни бележник или нотар је особа од поверења за државу и за странку, која гарантује правну сигурност у правним пословима. С једне стране, сматра се да је нотар независан у вршењу своје службе на основу закона, а с друге стране, због вршења јавних овлашћења, сматра се да има положај као државни службеник и ужива неку врсту заштите у складу са законом, мада није државни службеник (Ivančević, 2012, 67).

У македонском праву нотаријат, као законом нормирана професија, регулисан је Законом о нотаријату.⁶ Према одредбама овог закона, нотаријат је јавна служба коју обављају јавни бележници као самостални и независни носиоци те службе. У оквиру јавне службе, бележници обављају послове који су по својој правној природи јавна овлашћења, на основу закона.⁷ Служба јавног бележника обухвата припрему и издавање јавних исправа о правним пословима у облику јавнобележничке исправе, изјаве и потврде чињеница на основу којих се утврђују права и обавезе, доношење одлука у поступку за издавање нотарских платних налога, оверавање приватних докумената – солемнизацију, вршење јавноележничке овере потписа, рукознака, транскрипата и превода, примање докумената на чување, новца и ствари од вредности због њиховог преноса на друга лица или тела, као и обављање радова утврђених законом.⁸ Нотарску службу нотар врши на следећи начин:⁹

- слободно, независно, професионално и непристрасно, на основу Устава, закона, међународних споразума ратификованих у складу са Уставом Републике Македоније и другим прописима и општим актима заснованим на закону, и
- применом принципа за гарантовање законитог обављања посла, одговорности за наношење штете у вршењу нотарске службе, неспорности правног односа, надзора над законитошћу у вршењу

6 Закон о нотаријату, *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 72/2016 и 142/2016.

7 Члан 2 Закона о нотаријату.

8 Члан 3, став 2 Закона о нотаријату.

9 Члан 3, став 3 и 4 Закона о нотаријату.

нотарске службе, поштовања и достојанственог обављања нотарске службе и надокнаде за извршени рад.

Подзаконски акти који регулишу делатност јавног бележника у Републици Македонији су Статут Нотарске коморе Републике Македоније и Кодекс професионалне етике нотара, који усваја Нотарска комора Републике Македоније.¹⁰ Статут је значајну пажњу посветио питању грађанске одговорности јавног бележника, јер садржи одредбе о правима и дужностима (у члановима 82–94), укључујући и обавезу обавезног осигурања од одговорности за штету. На исти начин, Кодекс професионалне етике код јавног бележника има значај за утврђивање грађанске одговорности нотара. Кодекс прописује обавезу за јавне бележнике да са посебном пажњом и савесно испуњавају своје обавезе које произлазе из чланства у Комори, као и професионалне обавезе радног карактера, моралне и материјалне природе.

2.3. Појам јавног извршитеља

Јавни извршитељ је лице које именује Министарство правде у складу са одредбама Закона о извршењу,¹¹ који врши јавна овлашћења, као што је извршење извршних докумената суда, јавног бележника или органа чије је седиште у подручју за које је именован, а врши и друге послове утврђене законом.¹² Закон о извршењу регулише правну професију јавних извршитеља са више аспеката: путем положаја и обима професионалне делатности, услова за обављање професије, одговорности за штету и осигурања извршитеља од одговорности за штету. Делатност извршитеља је регулисана актима Коморе јавних извршитеља Републике Македоније. Пре свега, Статут Коморе извршитеља Републике Македоније од 20. јуна 2016. године¹³ садржи низ одредаба из члана 60 до члана 81, којим се уређују права и дужности извршитеља, заменика извршитеља, помоћника извршитеља и приправника извршитеља. У складу са Статутом Коморе извршитеља Републике Македоније, извршитељ врши извршне радње самостално, независно, непристрасно и слободно на основу закона.¹⁴ Сам

10 Статут Нотарске коморе Републике Македоније и Кодекс професионалне етике нотара, који усваја Нотарска комора Републике Македоније, Retrived 07 March 2018, from <https://www.nkrm.org.mk/index.php/about-us/akti-na-komorata/statut>.

11 Закон о извршењу, *Службени гласник Републике Македоније* бр. 72/2016.

12 Члан 32 Закона о извршењу.

13 Статут Коморе извршитеља Републике Македоније, Retrived 07 March 2018, from http://kirm.mk/?page_id=39.

14 Члан 61 Статута Коморе јавних извршитеља Републике Македоније.

Статут се позива на примену другог акта Коморе извршитеља Републике Македоније, односно Кодекса професионалне етике извршитеља.¹⁵ Реч је о члану 66 Статута Коморе извршитеља Републике Македоније, према којем: „Понашање извршитеља у свом раду, у односу са колегама, као и према странкама, регулише се Кодексом професионалне етике извршитеља. Повреда одредаба из Кодекса професионалне етике извршитеља представља дисциплински прекршај.“ На тај начин индиректно се указује да све делатности извршиоца, које су дефинисане и регулисане као дисциплински прекршаји, истовремено могу бити и штетна дејства у смислу општих услова за настанак грађанске одговорности за штету. У вези са ови питањем значајна је одредба Кодекса професионалне етике која се садржи у члану 3, према којој је извршитељ дужан професионално и савесно да примењују одредбе за спровођење закона и подзаконских акта на начин који штити и доприноси угледу извршне професије и Коморе извршитеља Републике Македоније. Такође, овај акт садржи утврђивање дужности извршитеља према странкама у извршењу, којим се такође дефинише опсег његове одговорности за штету у било ком случају кршења ове дужности. Још један акт Коморе извршитеља који је од значаја за професионалну одговорност извршитеља је Правилник о дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку од 29. 5. 2018.¹⁶ Значајан је зато што дефинише стандард пажње коју извршилац треба да води у вршењу својих овлашћења. Чланом 5 Правилника о дисциплинској повреди и дисциплинском поступку наводи се да је извршилац одговоран за дисциплинске радње због свог непрофесионалног и неетичног рада, ако својим понашањем у извршењу крши службену дужност утврђену Законом о извршењу, подзаконским актима и актима Коморе, који регулише рад извршитеља. Као непрофесионално понашање сматра се свако кршење закона током извршења које доводи до кршењем права странака у поступку или треће стране. Неетичко поступање је у супротности са етичким нормама, професионалним стандардима и правилима извршења. У случају када оваквим начином поступања извршитељ истовремено проузрокује штету трећим лицима, поред дисциплинске одговорности, настаје и одговорност за насталу штету.

15 Кодекс професионалне етике извршитеља, Retrived 07 March 2018, from http://kirm.mk/?page_id=39.

16 Правилник о дисциплинској одговорности и дисциплинском поступку, Retrived 07 March 2018, from http://kirm.mk/?page_id=39.

3. Место и основне карактеристике грађанске правне одговорности вршиоца регулисаних правних професија у правном систему Републике Македоније

Грађанско-правна одговорност носилаца правних професија, и у том оквиру, одговорност носилаца правне струке у савременом грађанском праву схвата се као посебна врста одговорности. Али овде говоримо о једној варијанти примене општих правила за грађанско-правну одговорност у одређеним ситуацијама (Petrić, 2010: 24). У савременим правним системима углавном не постоје посебне законске одредбе које би регулисале одговорност носилаца одређене професије на општем нивоу.¹⁷ У правној теорији постоје становишта да је грађанско-правна одговорност носилаца правне струке, а посебно правна одговорност адвоката, нотара и јавних извршитеља врста одговорности чије је дефинисање препуштено судској пракси и правној теорији, јер у посебним законима и аутономним изворима права (кодекса етике) садржана су само правила која су општег карактера и не треба да буду основ за успостављање одговорности за штету, а често упућују на примену општих правила одштетног права (Petrić, 2010: 24). Говорећи о компаративном искуству, можемо рећи да у правним системима у којима је раније одговорност адвоката третирана искључиво као уговорна одговорност, у данашње време превладава идеја да би одговорност адвоката требало проширити на деликтну одговорности (Petrić, 2002: 41–44). Иако посебна законска регулатива може помоћи у одређеним питањима, посебно када се утврђује стандард дужне пажње носиоца професије, многа питања остају отворена, а у њиховој резолуцији значајно се разликују правни системи и судска пракса, не само због недостатка општег законског прописа и посебних законских решења за ову специфичну врсту одговорности, већ и због специфичности интелектуалних занимања и разлика између посебних врста занимања. Право свих европских земаља прихвата став да одговорност на основу кривице носиоца тзв. слободних професија се јавља само ако је активност носиоца професије погрешна и ако је проузрокована штета трећим лицима (Dabić, 2009: 24). У општем и посебном законодавству, по правилу, није дефинисан појам „професионална грешка“. Дефинисање истог налази се у теорији, судској и пословној пракси, и у најширем смислу, овај израз подразумева грешку (у облику активних радњи или у облику

17 Изузетак представља Италијански грађански законик (Codice Civile, Decreto 16 marzo 1942, 79 e 79 bis), који у посебном одсеку који се односи на интелектуалне професије предвиђа да се правила садржана у том одељку односе на уговоре у којима је предмет уговора једне од уговорних страна интелектуално дело (према: Petrić, 2010: 24).

непредузимања радњи, погрешног предузимања радњи или пропуста да се предузме радња) носилаца одређене професије учињене према одређеном кориснику професионалних услуга или трећем лицу и која се оцењује у смислу неправедности и кривице (Ivančević, 2012: 68).

Приликом обављања професионалне делатности и испуњавања обавеза које произлазе из професионалног обављања одређеног посла или дужности, наш Закон о облигационим односима¹⁸ (у даљем тексту 300) у члану 11, који регулише понашање у обављању обавеза и у вршењу права, предвиђа: „...Учесник у обавезном односу у обављању обавезе своје професионалне делатности дужан је да поступа уз повећану пажњу, у складу са правилима струке и обичаја (пажња доброг стручњака).“ Закон овде користи правни стандард пажње доброг стручњака, истичући да се од особе која обавља неку професионалну активност очекује да обавља делатност као стручњак, у складу са правилима одређене професије и да зна и примењује сва правила и обичаје професије, а правила и одговорности лица која обављају професионалну делатност су детаљније регулисани посебним прописима који се односе на професионалну делатност (Jug, 2012: 444).

3.1. Грађанско-правна одговорност адвоката

Одредбе Закона о адвокатури су од значаја за утврђивање основних карактеристика грађанске одговорности за штету проузроковану током обављања адвокатуре. Основна претпоставка одговорности за штету је постојање странака. Као штетник јавља се носилац адвокатске делатности, који је адвокат као појединац или адвокатска канцеларија.¹⁹ Имајући у виду да стручни сарадник адвоката и адвокатски приправник могу обављати одређене делатности које му адвокат поверава и у његово име,²⁰ могу се појавити као штетници под одређеним условима утврђеним законом. Као оштећена страна се може појавити странка или клијент током обављања делатности адвоката, као и трећа лица која ће претрпети штету због обављања ове професије.

Говорећи даље са становишта опште теорије одштетног права, како би били одговорни за штету, потребно је кумулативно да постоје три услова: штета, штетна радња и узрочност. Штетна радња представља свако непрофесионално и несавесно извршавање дужности адвоката, као и

18 Закон о облигационим односима, *Службени гласник Републике Македоније*, број 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 123/130.

19 Члан 6 ЗА.

20 Члан 29 ЗА.

поступак који угрожава репутацију адвокатуре. Ово произлази из одредбе члана 30, став 1 Закона о адвокатури, у којој се наводи да су адвокати одговорни за професионално и савесно обављање дужности адвоката и за одржавање репутације адвоката. Ово је општа одредба коју ће став 2 истог члана разјаснити путем дефинисања шта ће се сматрати озбиљнијим кршењем дужности адвоката и угледа адвокатуре. Екстензивним тумачењем одредбе можемо рећи да оно што је озбиљна повреда дужности адвоката и репутације истовремено је штетна радња у смислу општег услова одговорности за штету. Према овој одредби штетне радње ће бити:

- неизвршење или очигледно неетичко обављање правне помоћи и вршење јавних овлашћења,
- непоштовање овлашћења,
- пропуст да предузме радње које је адвокат обавезан предузимати у заштити права и интереса странке, као и
- кршење дужности чувања тајне.

Све повреде адвокатске делатности и угледа адвокатске канцеларије детаљно су одређене актом Адвокатске коморе Републике Македоније.²¹

Из других одредаба ЗА, на списак посебно утврђених штетних радњи у обављању делатности адвоката, можемо додати следеће:

- правна помоћ странкама се савесно и професионално даје у складу са законом, Етичким кодексом и другим актима Адвокатске коморе и као тајна се чува оно што је поверено странци,²²
- при изради двостраних уговора и других аката адвокат је дужан да савесно штити интересе уговорних страна, без обзира на то ко од њих тражи правну помоћ и која страна плаћа награду,²³ и
- адвокат не може да буде позван на одговорност за изражено мишљење у пружању правне помоћи и вршењу јавних овлашћења.²⁴

Предузимање таквих радњи је у супротности са 300, што је управо супротно принципу забране наношења штете из члана 9: „Свако је обавезан да се уздржи од поступка који може нанети штету другом“, као и одредби члана 10, која предвиђа: „Учесници у облигационим односима дужни су да испуне своју обавезу и одговорни су за њено испуњавање“. У првом

21 Члан 30, став 3 ЗА.

22 Члан 17, став 1 ЗА.

23 Члан 17, став 4 ЗА.

24 Члан 21, став 1 ЗА.

случају, одговорност адвоката ће резултирати повредом правне норме и онда се говори о примени правила о деликтној одговорности, тачније одговорности на основу кривице. У другом случају, одговорност настаје услед повреде уговорне обавезе када већ постоји споразум између вршилаца правних професија и клијената и у том случају ће се примењивати правила уговорне одговорности. Ове две различите врсте одговорности уређене су посебним законским прописима који имају различите импликације у смислу конкретних питања у вези компензације, као што је питање обима компензације и рокова застарелости за истицање захтева за компензацију. Стога, неопходно је тачно одређивање врсте одговорности у сваком случају ради примене одговарајућих законских прописа. Други услов за постојање одговорности је да настане штета. Штета је смањење имовине (уобичајена штета) и спречавање његовог повећања (губитак бенефиција), као и повреда личних права (нематеријална штета).

Трећи услов је узрочност, односно релевантна узрочна веза између штетне радње и штете. Питање узрочности није регулисано законским одредбама, већ правном теоријом. Теорија адекватне узрочне везе је широко распрострањена и прихваћена. Према овој теорији, штетна радња је узрочно везана за штету ако је штета адекватна последица извршене противправне радње (Лоза, 2000: 204), или како је то речено у домаћој правној доктрини (Галев, Дабовић-Анастасовска, 2009: 560): „Правно-релевантна је узрочна веза између штетне радње која је по својој снази (интензитету) и врсти била квалификована за наношење штете, с једне стране, и штета настала као последица те радње с друге стране.“ Сасвим логично, одређивање узрочне везе је задатак судског вештака, а процена да ли је тај однос адекватан – задатак суда. Одлука суда није логична одлука, већ је одлука практичног разлога прилагођена захтевима правичности.

3.2. Грађанско-правна одговорност нотара

Упоредно право разликује одговорност нотара од других слободних професија. Природа нотарске одговорности у француском праву варира у зависности од тога да ли постоји споразум са клијентом или не. Уговорна одговорност нотара постоји у случајевима када се нотар ангажује за заступање у ванпарничним стварима, неспорним случајевима пред државним органима, као и за припрему одређених докумената (Ivančević, 2012: 68). У немачком праву, о штети коју је странка претрпела, према судској пракси, одговара се према правилима одговорности за штету коју је управни орган проузроковао странци у незаконитом раду у управном поступку (Салма, 2012: 96–97). Правила о одговорности за штету органа управе у немачком праву садржане су у параграфу 839 Немачког грађанског

законика, који гласи (Салма, 2012: 97): „Ако је службеник намерно или грубом непажњом повредио службену дужност и тиме је проузроковао штету трећем лицу, има обавезу да ту штету надокнади. Ако је службеник проузроковао штету из нехата, може се поднети тужба само уколико се штета не може надокнадити на други начин. Ако је службеник у случају доношења одлуке о правним предметима прекршио службену дужност, за штету одговара само ако се повреда састоји у кривичном делу... Нема обавезу за накнаду штете уколико оштећени намерно или због грубе непажње није тражио обештећење у поступка по правним лековима.“

У македонском праву суочавамо се са сличном правном ситуацијом у оквиру Закона о нотарима. Овај закон садржи посебна правна правила о одговорности нотара, укључујући и правило из члана 38, став 2 и 3, према којем: „Нотар је одговоран за штету проузроковану у складу са општим правилима за надокнаду штете коју је учинио службеник. Држава није одговорна за штету коју је проузроковао нотар.“ Поставља се питање која су општа правила за надокнаду штете коју је учинио службеник? Закон о нотарима упућује на ова правила и у вези са питањем када јавни бележник има право регреса према његовом помоћнику нотара и заменику нотара, у случају да је надокнадио штету коју су нанели током рада.²⁵ У нашем 300 не постоји општа одредба за одговорност службених лица за надокнаду штете. Постоји низ посебних одредаба које се односе на:

- одговорност за дела корупције, као посебан случај одговорности регулисан чланом 167 300,
- одговорност у вези са обављањем радње од јавног интереса, као посебан случај одговорности која је регулисана чланом 173 300.

Анализа посебних законских прописа показује следећу ситуацију (Здравева, 2015):

- Закон о запосленима у јавном сектору не уређује питање одговорности за штету за службеника.²⁶
- Закон о административним службеницима²⁷ уређује само питање одговорности за штету коју службеник учини институцији.

25 Члан 38, став 4 и 5 Закона о нотаријату. *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 72/2016 и 142/2016.

26 Закон о запосленима у јавном сектору, *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 27/2014 и 199/2014.

27 Закон о административним службеницима, *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 27/2014 и 199/2014.

- Закон о судовима²⁸ садржи следеће посебно правно правило за одговорност у члану 70: “За штете које је судија или поротник у вршењу своје функције изазвао грађанима и правним лицима незаконитим понашањем је одговорна Република Македонија. Када је, због штете из става (1) овог члана, судија разрешен дужности, Република Македонија путем тужбе ће захтевати регрес... Након разрешења судије који је изазвао штету грађанима и правним лицима незаконитим понашањем, Судски савет Републике Македоније у року од осам дана после правоснажности одлуке треба да обавести Државног тужиоца за предузимање мера из става (2) овог члана, у оквиру својих надлежности утврђених законом.”

Приликом анализе прописане одговорности судија или судија поротника за штету коју причине трећим лицима (странкама) у вршењу своје функције у правној литератури налазимо становиште да се по својој природи овде говори о одговорности за другог која је искључива и примарна и нема одговорности самог штетника (судије). Уколико је неко поднео тужбу директно против судије, такву тужбу треба одбацити због недостатка пасивне легитимације јер није предвиђена солидарна одговорност судије и државе (Југ, 2012: 445). Циљ законодавца је да заштити странку од незаконитог и неправилног рада судије, и да заштити судије од неоснованог захтева за накнаду штете која се односи на његов рад у границама дужности (Југ, 2012: 445). С друге стране, у упоредном праву срећемо и становишта да за постојање одговорности државе за штету у овим случајевима није важно постојање воље или сагласност са незаконитом и неправилном радњом, како би се оштетили права и интереси трећих лица. Према овом размишљању, држава одговара по принципу узрочности, а не на основу кривице (Југ, 2012: 445).

Српски законодавац је прекинуо праксу изједначавања одговорности нотара са такозваном одштетно-правном одговорности управе (административних тела), и бележник се сматра одговорним за његов рад, пошто обавља функцију од јавног интереса и поверења које треба да буду у интересу странке (Салма, 2012: 98).

На питање о правној природи обавезе нотара за штету проузроковану трећим лицима у обављању њихових делатности у правној литератури дошли смо до закључка да се може појавити и као деликтна одговорност, када је бележник прекршио императивну одредбу, и као уговорна одговорност, у случају када је нотар прекршио уговор закључен са

28 Закон о судовима, *Службени гласник Републике Македоније*, бр. 58/2006; 62/2006; 35/2008 и 150/2010.

клијентом и на основу чега је предузео одређену радњу. Утврђивање правне природе одговорности нотара је од првенственог значаја за одређивање обима одговорности, јер у случају неиспуњења одговорности, у принципу постоји правило за пуну надокнаду, док код уговорне одговорности постоји могућност смањења износа (Салма, 2012: 98). Овако би одговорили и ми о правној природи одговорности нотара у македонском закону, у околностима када би се применила посебна правила о одговорности нотара садржана у Закону о нотарима по примеру српског права и уколико и наша правна пракса раздвоји одговорност нотара од одговорности службеника. Међутим, у случају усклађивања ова два вида одговорности за штету, правна природа одговорности за штету код нотара остаје нерешена, с обзиром на непостојање заједничких правила о одговорности службеника. Може се сматрати да у случају нотара није реч о одговорности за другог, као посебне врсте одговорности, с обзиром на то да држава није одговорна за штету коју је нотар проузороковао. Стога, сматрамо да у закону одговорност нотара треба да буде одвојена од одговорности службеника, као у примеру српског права. Тако, у случају одговорности нотара ће наћи своју примену одредбе о уговорној и деликтној одговорности. Овде треба напоменути да је, осим за сопствене радње, нотар солидарно одговоран за штету коју његов стручни сарадник или заменик проузрокује током вршења своје дужности. Опет се јавља контроверза у вези одредба о праву регреса које има нотар према својим асистентима и заменицима, јер га закон повезује са општим правилима о регресу код одговорности службеника, а видели смо да таква правила у нашем закону не постоје.

3.3. Грађанско-правна одговорност извршитеља

Посебно правило за одговорност извршитеља у нашем праву садржано је у Закону о извршењу. Према посебном законском правилу, извршитељ је одговоран за сву штету коју је странкама или трећем лицу нанео путем незаконитог вршења извршних радњи и неиспуњавањем дужности које је он имао као извршитељ по овом закону.²⁹ Осим за своје радње извршитељ је одговоран и за штету која ће настати због извршења појединих радњи од стране заменика извршитеља или овлашћеног представника извршитеља.³⁰ У првом случају није спорно да је реч о личној одговорности извршитеља заснованој на његовој кривици. Иако законска одредба посебно не говори о врсти кривице која је потребна за појаву одговорности, на основу примене општих правила облигационог и одштетног права може се закључити да се одговорност јавља у случају обичног немара,

29 Члан 43, став 1 Закона о извршењу.

30 Члан 43, став 3 Закона о извршењу.

односно понашања супротно правном стандардну „добар стручњак“. Одговорност извршитеља ће постојати и када је штета проузрокована неком тежом врстом кривице – крајњим немаром или намером. Постоји разлика у погледу доказивања кривице или претпостављања кривице, јер према општој теорији одштетног права претпоставља се обична немарност, а намеру и крајњи немар доказује оштећени (Галев et al., 2009: 683). Стандард доброг стручњака се одређује помоћу одредаба закона који дефинише непрофесионално понашање и несавесно поступање. Притом, непрофесионално понашање представља кршење закона од стране извршитеља током спровођења извршења и наношење штете или повреде права странака у поступку или треће стране, а неетичко или несавесно поступање постоји кад он поступа супротно Кодексу професионалне етике извршитеља и обавезама утврђеним Статутом и другим општим актима Коморе.

У другом случају, говоримо о правној ситуацији у којој се једна особа појављује као чињенични штетник, а то је заменик извршитеља или пуномоћник извршитеља, док се друга особа појављује као правни штетник, а то је извршитељ. У најширем смислу ове речи говоримо о одговорности другог (Здравева, 2015), иако није посебно регулисана у нашем ЗО, тако да не можемо говорити о могућим правним импликацијама које би ова категоризација имала на регулисање одговорности у овим случајевима.³¹ Законом је регулисана обавеза за регрес плаћене накнаде коју извршитељ има према осигуравачу у случају штете настале због кривице извршитеља.³² С друге стране, однос извршитеља са замеником извршитеља и пуномоћником није регулисан Законом о извршењу. Оно што недостаје у регулативи јесу посебна правила за одговорност запослених и заступника извршитеља за штету насталу током обављања делатности.

4. Закључак

Правна природа грађанске одговорности носилаца правне професије адвоката, нотара и извршитеља је хетерогена. Може се јавити као уговорна одговорност и као деликтна одговорност. Утврђивање да ли је у конкретном случају у питању уговорна или деликтна одговорност битно је из разлога што има различите правне импликације у погледу важних питања. Различита правна правила важе у погледу регулисања облигација,

31 Македонски Закон о облигационим односима признаје одговорност за другог као посебну врсту одговорности где се подводе одговорност за особе без деликтне способности и одговорности засноване на правичности (чл. 151–157).

32 Члан 43, став 4 Закона о извршењу.

као што су врста штете и висини накнаде за исте, и рокова застарелости. Тако, код уговорне одговорности, као опште правило важи накнада само предвидиве штете, а у погледу рокова застарелости примењују се рокови застарелости предвиђени за конкретни уговор а, уколико није предвиђен посебни рок застарелости, примењује се општи рок застарелости. У случају деликтне одговорности, надокнађује се сва штета у складу са општим одштетним правилима, а рок застарелости износи три године од настанка штете. У оба случаја, основа одговорности је кривица, односно субјективна одговорност као врста одговорности. Кривица постоји у сваком случају када постоји повреда потребног стандарда пажње – то је повећана пажња, то јест пажња доброг стручњака.

Анализа правних правила у овом раду показала је да свака од ове три професије има своје специфичности и да је реч о материји која је диференцирана у правној теорији као посебна питања. С друге стране, ниједна од правних професија која је била предмет анализе рада није у потпуности и систематски регулисана у законској регулативи нити у правној доктрини. Највећа конфузија у законској регулативи постоји код одредаба за одговорност нотара. Наиме, с једне стране, општа одредба упућује на примену правила одговорности службених лица, правила која не постоје у нашем праву, а с друге стране постоји правило да држава није одговорна за штету коју су нанели нотари. Сматрамо да у македонском праву постоји потреба за потпуним одвајањем одговорности нотара од тзв. грађанско-правне одговорности администрације, на примеру српског закона. Компаративна анализа показала је да, с изузетком цивилног законика у Италији, у правним системима недостаје општи правни оквир, као и посебна законска правила о одговорности у правним професијама. Што се тиче питања који општи приступ правног система у регулисању цивилне одговорности је применљив у конкретном случају, наше мишљење је да би регулисање грађанско-правне одговорности у правним професијама посебним законским правилима, уместо општих правила, било прикладније. Образложење овог становишта налази се у постојећој правној теорији, тачније у аргументу да носиоци правне струке имају посебно место у праву, а њихове обавезе према странама и према трећим лицима имају специфичне карактеристике, као и у аргументацију да постојање посебних правних правила одражава напоре правног система за праведном дистрибуцијом ризика од штете између припадника одређених професија и оштећеног.

Посебно говорећи о македонском постојећем правном систему, анализа је показала да грађанско-правна одговорност носилаца правне професије није јасно и свеобухватно регулисана, и у будућности би требало да буде предмет измена и допуна.

Литература/References

Belanić, L. (2010). Osiguranje od odgovornosti odvjetnika. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka;

Галев, Г., Дабовиќ Анастасовска, Ј. (2009). *Облигационо право*, ЦЕППЕ, Скопје;

Dabić, Lj. (2009). Građanskopravna odgovornost nosilaca slobodnih profesija. *VOX IURIS*, br. 1;

Закон о адвокатури. *Службени гласник Републике Македоније* бр. 59/2002, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/2011, 113/2012 и 148/2015;

Закон о административним службеницима. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 27/2014 и 199/2014;

Закон о запосленима у јавном сектору. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 27/2014 и 199/2014;

Закон о извршењу. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 72/2016;

Закон о нотаријату. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 72/2016 и 142/2016.

Закон о облигационим односима. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 123/130;

Закон о судовима. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 58/2006, 62/2006, 35/2008 и 150/2010;

Здравева, Н. (2015). Одговорност за штета во правната професија, (Одговорност за штету у правној професији), [Electronic version]. Retrived 06, March 2018, from <http://www.jpacademy.gov.mk/upload/materijali%202015/PPP%20Doc.d-r%20Neda%20Zdraveva.pdf>;

Ivančević, K. (2012). Osiguranje javnih beležnika od profesionalne odgovornosti. *Revija za pravo osiguranja, Udruženje za pravo osiguranja, godina XI, br. 2*, 66–75;

Италијански граѓански законик. *Codice Civile, Decreto 16 marzo 1942*;

Jug, J. (2012). Odgovornost za štetu zbog nezakonitog ili nepravilnog rada sudaca. *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka.

Кодекс професионалне етике адвоката, адвокатски стручни сарадници и адвокатски приправници [Electronic version]. Retrived 02, March 2018, from <http://www.mba.org.mk/index.php/mk/akti/kodeks-etika>;

Лоза, Б. (2000). *Облигационо право, општи дио*. Београд;

Николић, Л. Ђ. (2017). Правна природа грађанскоправне одговорности медицинских посленика, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Број 76, Година LVI;

Petrić, S. (2002). Temeljne pretpostavke građanskopravne odgovornosti odvjetnika. *Pravo i porezi*, br. 12/2002;

Petrić, S. (2010) Odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka;

Салма, Ј. (2012). Нотаријално облигационо право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 87–100, Нови Сад;

Статут Адвокатске коморе Републике Македоније. *Службени гласник Републике Македоније* бр. 169/2011, 68/2012, 76/2013 и 189/2014;

Ćurković, M. (1997). Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti. *Pravo i porezi*, br. 5/1997;

Устав на Република Македонија. *Службени гласник Републике Македоније*. бр. 52/91, са амандманима објављеним у *Службеном гласнику Републике Македоније* бр. 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09 и 49/11.

Marija Ampovska, LL.D.,
Assistant Professor
Faculty of Law, University Goce Delchev Shtip,
Republic of Macedonia

COMPENSATION OF DAMAGE IN CASE OF PROFESSIONAL LIABILITY IN LEGAL PROFESSIONS UNDER THE LAW OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

*The term professional liability is one of the terms that still divide the legal theory today, for which reason the author first addresses the definition of professional liability. The specifics of professional liability will be discussed in the context of analyzing the legislative framework, for the purpose of determining the legal grounds of professional liability. Is the professional liability a contractual or non-contractual liability? Is it regulated by *lex specialis*, or by general provisions of tort law? The analysis of the Macedonian Obligations Relations Act and the *lex specialis* that regulate this question in the national legal system should show if there is incompatibility between the envisaged legal provisions and if there is a need for introducing certain amendments in the legal provisions on professional liability. The compensation for damage will be approached by defining the basic legal requirements for establishing this type of liability: wrongful act, damage, and causation. The author focuses on specifics that define the conditions under which a person may obtain compensation. Under the Macedonian law, one of the specific conditions in cases involving professional liability is the mandatory third party liability insurance. In particular, the paper focuses on the professional liability of three legal professions: lawyers, enforcement agents and public notaries.*

The legal provisions regarding the institute of professional liability, as well as the subcategory of professional civil liability of lawyers, notaries public and enforcement agents, are insufficiently regulated in the Macedonian positive law and insufficiently considered in the legal doctrine and literature on this matter. There are legal gaps that the legislator needs to regulate in the future in an explicit and systematic manner in order to achieve the goal of this institute, which is aimed at ensuring that the clients of these professionals as well as third parties have the right to compensation for damage caused by these professionals during the performance of their practice.

Keywords: Professional liability, compensation, damage, liability to a third parties, lawyer, enforcement agent, notary public.

**КОНКУРЕНЦИЈА ЗАХТЕВА ЗА НАДОКНАДУ ШТЕТЕ
И ЗАХТЕВА ИЗ НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЂЕЊА
У СЛУЧАЈУ НЕОВЛАШЋЕНЕ УПОТРЕБЕ ТУЂЕ
СТВАРИ ИЛИ ТУЂЕГ ПРАВА У СВОЈУ КОРИСТ****

***Апстракт:** Проузроковање штете другоме и стицање без основа у већини права јесу два засебна и самостална извора облигационих односа. Правни појам штете обухвата губитак који особа трпи на свом заштићеном правном добру (субјективном праву или правно заштићеном интересу), и који је неко други дужан надокнадити. Неосновано обogaђење јесте правно неоправдани прелаз неког дела имовине осиромашеног у имовину обogaђеног, који је овај дужан вратити или надокнадити вредност стечене користи. Мада самостални, ови појмови нису и међусобно независни: њихова повезаност видљива је у случајевима у којима штетник, истом радњом којом је оштећеном проузроковао штету, стекне и неку корист на његов рачун. Таква радња, осим што је штетна, могла би се квалификовати и као неосновано обogaђење и дати повређеном право избора правила успостављања нарушене имовинске равнотеже. Једна су правила одштетног права, друга – правила о неоснованом обogaђењу.*

Исплата недугованог (практично, најважнији случај неоснованог обogaђења) ретко задовољава правни појам деликта и не повлачи одштетну одговорност. Ни исплата с обзиром на основ који је отпао (нпр., поништењем или раскидом правног посла) не оставља много

* ivana@prafak.ni.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

простора да се, уместо кондикционог, истакне одштетни захтев. Прилике за уплив правила о неоснованом обogaћењу у одштетно право биће у случајевима неовлашћене употребе туђе ствари или вршења туђега права у сопствену или корист другог, јер су ово правно недопуштене радње присвајања извесних вредности из туђе имовине (нпр., употреба туђега лика у рекламне сврхе без допуштења особе чији је лик). Ко се недопуштеном радњом обогати на туђ рачун, истовремено починио је и деликт, па осиромашени може захтевати надокнаду штете уместо реституције стечене користи.

Захтев за надокнаду штете и захтев из неоснованог обogaћења конкуришу један другом и не могу се истовремено истицати. Сабирање једино је могуће уколико, и пошто ствар буде враћена а вредност њене употребе надокнађена, преостане губитак који се квалификује као измакла добит. Таква се може надокнадити по правилима одштетне одговорности.

У раду ауторка анализира елементе неоснованог обogaћења у одштетном праву и обрнуто, усмеравањем пажње на поменуте случајеве конкуренције захтева и правни основ одговорности (субјективна или одговорност независна од кривице). Наглашава се да је веза видљива и уколико се оштећени, уместо надокнаде штете, определи за враћање користи неосновано стечене вршењем његовог личног или права умне својине.

Кључне речи: *неосновано обogaћење, штета, конкуренција захтева, реституција, репарација.*

1. Увод

Неретко бива да штетник, једном истом противправном радњом, другоме проузрокује штету, а себи прибави корист, коју не би смео да задржи не само зато што је она последица једног недопуштеног понашања, већ и зато што је стечена на туђ – оштећеников рачун. То нам говоре не само правне норме, већ и властити морални осећај да противправно нарушавање туђе правне сфере треба санкционисати, а не награђивати.

Санкција којом се у оваквим случајевима реагује разликује се од земље до земље и, углавном, креће између два пола и два захтева: одштетног, јер је корист стечена противправно, што је, по себи, деликт, па не сме припасти починиоцу (у супротном, право би га наградило за недопуштено понашање)

и реститутивног¹ – којим се пажња, с противправности, усмерава на чињеницу да је корист произашла из повреде субјективног права или правне позиције друге особе, стечена је, дакле, на њен рачун и има јој се вратити. У супротном, на једној страни имали бисмо осиромашење, а на другој обogaћење – у оба случаја правно неосновано и недопустиво, каква је и сама радња повреде.

Заштитом повређеног субјективног права – било оно повређено проузроковањем штете било неоснованим обogaћењем – жели се успоставити пређашње стање, тачније – стање какво би било да је, у првом случају, оштећеног мимоишао штетни догађај, а у другом – да није било неоснованог стицања користи на рачун осиромашеног. Циљ заштите – *restitutio in integrum* – приближава, дакле, одштетну и реститутивну одговорност, под којом подразумевамо одговорност из неоснованог обogaћења², као посебног извора облигационих односа. Њихова блискост посебно је видљива код неовлашћене употребе туђе ствари у своју корист, која је, у већини права у којима је неосновано обogaћење самосталан извор облигационих односа, један његов посебан облик. Тако је и у нашем праву. Овакво стицање квалификује се као недопуштено и противправно, тако да се веза са одштетном одговорношћу првенствено успоставља преко природе радње одговорног лица. Штетникова радња такође је противправна, осим код одговорности за опасну ствар или вршење опасне делатности, где обележје противправности не носе ствар и радња, јер они су правно допуштени, већ њихов резултат – остварење ризика, који је ималац опасне ствари, тј. вршилац опасне делатности био дужан да одговарајућом контролом спречи. Каже се да „стварање ризика штете јесте правно допуштено, али реализовање ризика није.“ (Радишић, 2008: 194).

У правној теорији и већини савремених права неспорно је да се тужбе из неоснованог обogaћења и за накнаду штете налазе у односу конкуренције. Уколико су се стекли услови за оба захтева, титутар повређеног права има могућност избора оног који му се чини повољнијим – економски исплативијим или једноставнијим за доказивање његове основаности. Избор између реститутивног и одштетног захтева, последично, искључује

1 Изразом реститутивни захтев надаље означавамо захтев за успостављање пређашњег стања по основу неоснованог обogaћења (стицања без основа). Други захтеви, такође усмерени на реституцију, али не по истом основу, нису обухваћени овим изразом.

2 Неосновано обogaћење претежнији је термин у правној литератури. Законодавац користи израз стицање без основа (в., Одељак три Општег дела Закона о облигационим односима, чл. 210–219, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/85 и 57/89; *Сл. лист СРЈ*, 31/93. Даље: 300).

њихову истовремену употребу³ уколико би се тиме два пута, али по различитим правним основима, надокнадио исти губитак (и штета и осиромашење). Но, уколико се одштетним захтевом обухвата онај део надокнаде који није дат у виду неосновано стечене користи, кумулацију треба допустити, ради потпуног преваљивања последица недопуштене радње на одговорно лице.

Да бисмо утврдили по којим се правилима пређашње стање може успоставити: одштетним или по правилима о неоснованом обогаћењу – морамо најпре одредити услове под којима је избор уопште могућ. Да ли је за стицај захтева довољна само квалификација противправности (штетне радње, тј. неоснованог стицања). или су, поред или независно од тога, пресудни врста и карактеристике повређеног субјективног права? Која се корист, мада стечена штетном радњом, може и неоправдано стеченом назвати? Додатно, кад је стечена на туђ – оштећеников рачун? Да ли треба вратити сву корист произашлу из штетне радње, независно од врсте повређеног права и нарушене правне позиције, или треба направити неку разлику? И на основу којих критеријума одредити које повреде дају право оштећеном да изабере захтев који сматра повољнијим? Након што размотримо наведено, анализираћемо правила домаћег права о употреби туђе ствари у своју корист и, у закључку, изнети коначна запажања о односу деликтне и одговорности из неоснованог обогаћења.

2. Круг заштићених субјективних права и правних позиција

У земљама романског правног круга (Француска, Белгија) нема изборности, већ субсидијарности захтева. Реститутивни захтев уступа место одштетном уколико радња има обележја деликта (Schlechtriem, II, 2001: 276), а таква је готово увек, јер је неовлашћени захват у туђу правну сферу, по себи, противправан чин. Принцип субсидијарности упућује на надокнаду штете као метод поправљања нарушене правне позиције титулара права (и оштећеног).⁴

3 Између ових тужби може се бирати, али се оне не могу сабирати. (Радишић, 2008: 304).

4 Уколико ималац права није претрпео мерљив имовински губитак који му треба вратити, готово и да нема могућности избора правила о неоснованом обогаћењу, јер недостају две кључне претпоставке: осиромашење на једној и, с њим каузално повезано, обогаћење на другој страни. Има и таквог неовлашћеног вршења туђег права где не само да је тешко утврдити вредност губитка, већ има ли губитка уопште (на пример, уколико ималац права није намеравао да врши право у време кад је то други, неовлашћено, чинио или ако га туђа неовлашћена употреба у томе није ни спречила).

У германском правном кругу (Немачка, Аустрија), сходно начелу изборности, ималац права може да изабере између реститутивног и одштетног захтева. Тако је и у енглеском праву. Конкуренција ових двају захтева условљена је, пре свега, противправношћу радње стицања користи (*Unrechtmäßigkeit der Bereicherung, wrongful/unlawfull enrichment*), у немачком праву, додатно, и да је стицање противно вољи осиромашеног (*Schlechtriem, II, 2001: 277*). Ове кондикције називају се *Eingriffskondiktionen* и јасно су одвојене од осталих реститутивних захтева – због исплате недугованог, неважности или неостварења основа испуњења. Код потоњих, пренос користи у имовину стицаоца јесте вољан, али без ваљаног основа и то је оно што га чини обогашеним на туђ рачун.⁵

Важније од противправности радње у немачком праву јесу карактеристике повређеног права, јер оне одређују да ли корист од њиховог вршења треба да припадне искључиво титулару права. Примена реститутивног уместо одштетног захтева условљена је повредом таквог права или интереса који треба да користе искључиво свом титулару или, по његовом овлашћењу, неком другом (Саеммерер, 1954, према: Friedmann, 2001: 493, нап. 11). Уколико право није такво, биће заштићено по правилима и условима за деликтну одговорност.

Право својине и остала стварна права карактеристична су по свом дејству *erga omnes* и искључивости, па је код њих избор могућ.⁶ Ваља, ипак, скренути пажњу да власник коме је ствар одузета или неовлашћено задржана ову неће вратити кондикцијом већ реивиндикационом тужбом.⁷ Реститутивна правила о неоснованом обогашењу (на која се изричито упућује у § § 987, 988, 993 BGB) примениће се за повраћај плодова и накнаду користи од употребе ствари, где је држаочев положај одређен његовом савесношћу.

Реститутивном одговорношћу нису санкционисане радње којима се стиче корист на коју други нема ексклузивно право. Одговорност може бити одштетна, уколико су испуњени прописани услови. У литератури и судској

5 У нашој правној теорији (нпр., Радишић, 2008: 295 и 299; Ђорђевић, 1980: 662) оваква обогашења називају обогашењима радњом осиромашеног.

6 Преовлађујућу теорију припадања (*Zuweisungstheorie*) уобличио су немачки теоретичари Фон Камерер и Вилбург. (Пре тога, довољно је било да је радња стицања противправна, а таква је увек кад се право неосновано вршило.) По њима, неовлашћено стечену корист треба вратити само ако је објективним правом предвиђено да она треба да припадне искључиво имаоцу права, не неком другом. Враћање користи, дакле, условљава се могућношћу имаоца да све друге искључи из утицаја на своје право, јер одатле произлази његово ексклузивно право на ту корист.

7 „Власник има право захтевати од држаоца да му врати ствар“ (§ 985 BGB, Bundesgesetzblatt I, 2002).

пракси наилазимо на пример неовлашћено начињеног снимка туђе куће (Dannemann, 2009: 97). Такву фотографију дозвољено је комерцијално искоришћавати уколико је направљена са улице, али не и уласком на туђи приватни посед.⁸

Различито поступање у заштити повређеног права, овде права својине, указује да се припадање користи, ипак, не одређује само према типу и карактеристикама неовлашћено вршеног/повређеног права, већ и према околностима повреде и смислу правне норме којом је право уређено. Суштински је важно да је корист од вршења права искључиво везана за титулара, да искључиво њему треба да припадне (или другом, по његовом овлашћењу), што може да произлази или из текста норме или њеног духа и смисла.

Теорија припадања нашла је своје заговорнике и у енглеском праву. Наслоњени на судску праксу,⁹ правни теоретичари уобличили су доктрину својине (*property approach*): одустајање од одштетног захтева у корист реститутивног (*waiver of tort*), ради враћања користи стечене штетном радњом, ограничено је на недопуштено вршење туђег права својине или присвајања прихода и других њених вредности. (Friedmann, 2001: 493) Аргументи су слични Фон Камереровим: зато што су својинска овлашћења ексклузивна, треба и да користе искључиво власнику, а другом – уколико се он с тим сагласи.

Аргументи обеју ових теорија логични су и прихватљиви. Искључивост својине (*ius excludendi tertii*) наглашава се као једна њена важна карактеристика, тзв. негативна компонента својине (тако: Ковачевић Кушtrimовић, Lazić, 2009: 62), захваљујући којој се овлашћењима држања, коришћења и располагања додаје и овлашћење власника да искључи сва трећа лица из својине и забрани сметање у вршењу својинских овлашћења. У Француском грађанском законнику апсолутност својине изражена је већ у њеној дефиницији: „Својина је право коришћења и располагања стварима на најапсолутнији начин (подвукла аут.)...” (чл. 544). Следом реченог, таква – свеобухватна и потпуна – мора бити и њена заштита: не само према сваком трећем лицу, већ и у свим видовима њеног вршења. Отуд, нема ничег природнијег од одузимања неовлашћено стечене користи из туђег права

8 Немачки Савезни суд 1974. г. наложио је враћање власнику користи од продаје разгледница са сликом његове куће начињене из дворишта, без његовог знања и одобрења, налазећи да корист потиче од објекта доступног само власнику. У сличном случају из 1989. г. реститутивни захтев власника одбијен је, јер је снимак, мада без његовог овлашћења, начињен са простора доступног широј јавности. Упор. BGH 20. 9. 1974, NJW 1975, 778 и BGH 14. 3. 1989, NJW 1989, 2251. Видети и: Dannemann, 2009: 97.

9 Прецедент из случаја Phillips v. Homfray из 1883.

својине (било да је ствар неовлашћено употребљена, било да је власнику одузета¹⁰) и њеног враћања онеме коме објективно право додељује све што својина може да да – а то је власник. Уколико други присваја користи од својине (свеједно у ком облику) и неовлашћен од власника, онда стиче на његов рачун и осиромашује га, па чак и кад власник није био лишен истовремене употребе ствари. Отуд, у енглеском праву, починилац деликта (*wrongdoing*) не сме задржати стечену корист, већ је вратити оном чије је право повредио, чак и кад није могуће јасно одредити у чему се састоји осиромашење имаоца права¹¹ (Schlechtriem, II, 2001: 104).

Сличну искључивост уочавамо и код осталих апсолутних права – личних и права интелектуалне својине – па бисмо могли на исти начин и да их заштитимо – реституцијом неовлашћено стечене користи уместо надокнадом проузроковане штете. У немачком праву, овакав избор омогућен је имаоцу личног права подесног за комерцијално искоришћавање (Danne-mann, 2009: 95). То су права на лик, глас и на друге еманаације човекове личности. Остала лична права заштићена су одштетном санкцијом. Преовлађујући метод заштите права интелектуалне својине је надокнада штете, али се веза са неоснованим обогаћењем успоставља преко метода обрачуна висине надокнаде: оштећеном се, уместо надокнаде стварно претрпљене штете, има надокнадити износ који би штетник био дужан платити за овлашћену употребу (Dannemann, 2009: 95).

У енглеском праву заговарао се и шири приступ реституцији стечене користи. Оштећеном треба да припадне корист коју је штетник стекао својом деликтном радњом¹², без обзира на врсту и карактеристике

10 Оба захтева су реститутивна, мада не и утемељена на истим правним основима. Стечена корист неовлашћеном употребом туђе ствари враћа се по правилима неоснованог обогаћења (верзијски захтев), док се противправно одузета ствар виндицира (упор. чл. 219 ЗОП и чл. 37 Закона о основама својинскоправних односа, Сл. лист СФРЈ, 62/80 и 36/90; Сл. лист СРЈ, 29/96; Сл. гласник РС, 115/05).

11 Ова кондикција назива се *restitution for wrongs* и санкционише стицање користи због карактера радње којом је стечена – њене протиправности. Захваљујући томе, починиоцу деликта одузима се сав и сваки добитак произашао из такве његове радње, па утврђивање губитка друге стране пада у други план.

12 У правима *common law* правног система, одштетно право уобличавало се и развијало под јаким утицајем судске праксе и општих процесних услова пружања правне заштите. Заштита права или интереса, наине, условљена је постојањем тужбе (*writ*) нарочито предвиђене да санкционише управо такву недопуштену радњу којом је право (интерес) у конкретном случају повређено. Одређено право заштићено је од тачно одређене повреде, не од свих. Услед тога, постоје типови тужбених захтева и, за сваки, унапред одређена противправна радња, под које треба подвести околности сваког појединачног случаја да би се субјективно право заштитило. Издвајамо, као типичне, деликте (и тужбене захтеве): *trasspass (to land or chattel)* – директан и

повређеног права (Street, 1962: 245, према: Friedmann, 2001: 495, нап. 23). Реституција је условљена очуваном узрочно-последичном везом између штетне радње и користи.

И док је по немачкој теорији припадања и њене енглеске верзије – теорије својине, за реституцију битно да је повређено право искључиво (што бележимо код својине и осталих апсолутних права), по описаном другом гледишту то уопште није важно, већ да је штетник стекао корист на рачун оштећеног, повредом било ког његовог права.

Ради превазилажења ограничења претходних теорија,¹³ понуђена је и трећа (Friedmann, 2001: 509), утемељена на двама принципима. Први је принцип забране обогаћења на туђ рачун. Ко присвоји корист (допуштеном или недопуштеном радњом) припадајућу другом, дужан је стечено вратити оном коме припада. Припадност користи утврђује се повезивањем са вршеним правом: уколико је ималац права неко други, а не онај коме је припала корист, при чему се ималац није сагласио са употребом нити је одобрио, онда је корист стечена на његов рачун и има му се вратити (јер је његова). Врста повређеног права или правног интереса – својина, друго апсолутно право или уговорни интерес – за реституцију није пресудна. Довољно је да право и интерес наликују својини по својој искључивости (Friedmann, 2001: 496). Својински принцип из прве теорије задржан је, док се у сусрет ширем гледишту пошло ширењем круга заштићених права и интереса (*quasi-property rights and interests*). Неопходно ограничење тих права и интереса налик својини постигнуто је додатним условом реститутивне заштите: да су повређени радњом која је по објективном енглеском праву квалификована као деликт (*tort*), што се на својину не примењује. Власник је заштићен од сваког неовлашћеног мешања у своје

непосредан напад на ствар или особу, противно њеној вољи, одакле су се развиле тужбе *assault* (непосредна претња физичким насиљем), *battery* (повреда телесног интегритета) и *false imprisonment* (противправно лишење слободе); *detinue* и *conversion*. Последња је и најзначајнија, јер санкционише противправне захвате у туђе право својине (одузимање, уништење и оштећење ствари или неовлашћено располагање њоме). Додајемо и *tort of inducing a breach of contract* (подстицање једног сауговорача, од стране трећег, на повреду уговорне обавезе) и *negligence* (проузроковање штете намерно, или из нехата учињеном повредом дужности пажње (*duty of care*) коју је штетник имао према оштећеном). Детаљније и упоредноправно упућујемо на: Zweigert, Kötz, 1996: 607–611 и др.

13 Теорија својине не може да објасни ситуације у којима се реституцијом, уместо надокнадом штете, штите и права која нису ни стварна ни апсолутна (нпр., повреда фидуцијарне обавезе према фидуцијанту). Други, шири, концепт не успева да објасни реституцију користи стечене на туђ рачун, али радњом која није деликт (имамо у виду признату класификацију деликата у енглеском праву, в. нап. бр. 13) или стечене правно дозвољеном радњом.

право својине, па се реститутивни захтев рађа већ и из стицања користи неовлашћеном употребом ствари.

Други принцип је алтернативни, применљив на корист стечену недопуштеном радњом којом је и штета проузрокована, или незаконитом радњом, затим повредом фидуцијарне обавезе заштите оштећеног, неких уговорних обавеза¹⁴ или радњом стварања ризика (Friedmann, 2001: 497). Предајом оштећеном на овај начин стечене користи, упозоравају се сви које би на деликтну радњу могућност стицања користи мотивисала. Поручује¹⁵ им се да не рачунају с могућношћу задржавања било какве користи коју би стекли недопуштеном радњом; делује се превентивно и одвраћајуће, па се принцип означава као принцип застрашивања.

3. Употреба туђе ствари у своју корист

„Кад је неко туђу ствар употребио у своју корист, ималац може захтевати, независно од права на накнаду штете или у одсуству ове, да му овај накнади корист коју је имао од употребе.“

Цитираном одредбом чл. 219 300 уређен је типичан случај неоснованог обогаћења (стицања без основа) властитом радњом, тј. радњом обогаћеног¹⁶, веома близак проузроковању штете као извору облигационих односа, посебно у случају у ком је обогаћени био несавестан (знао је или могао знати да је ствар туђа и да му њен власник или други овлашћени ималац није одобрио употребу). Реститутивну – обавезу накнаде стечене користи – има, међутим, и савесни (а неовлашћени) употребилац туђе ствари, зато што је ова одговорност неусловљена савесношћу (кривицом). У овом, али и другим случајевима у којима је вршење туђег права (пре свега апсолутног права) без икаквог или макар ваљаног правног основа, корисно другом, титулар права трпи и штету и бива осиромашен, због чега му законодавац признаје право избора између одштетног и реститутивног

14 Реститутивни захтев дозвољен је под условом да је несавесни саговорач, повредом уговора, стекао корист коју иначе – да није било повреде – не би имао. На пример, уместо да ствар прода првом с ким је закључио уговор, он је прода и преда другом купцу. Први купац има право да, уместо накнаде штете (која би се свела на накнаду негативног уговорног интереса), захтева да му продавац исплати износ у висини друге (више) цене, као користи које не би ни било да је остао веран првобитно датој речи. Оваква повреда уговора (*breach of contract*) пример је повода за уговорноправну, једнако као и за деликтну одговорност.

15 Захваљујући овој поруци-претњи, принцип се назива принципом застрашивања. (Тако: Friedmann, 2001: 497)

16 Класификација облика неоснованог обогаћења по Радишић, 2008: 295 и 299, и Ђорђевић, 1980: 662.

(верзијског) захтева.¹⁷ Но, постојање штете свакако није предуслов реститутивног захтева из неоснованог обогаћења, нити искључује право избора осиромашеног, што јасно произлази из цитиране законске одредбе: „...независно од сваке штете или у одсуству ове...“.

Кумулација захтева – одштетног и реститутивног – могућа је, дакле, уколико из исте радње настане оштећење једног, а обогаћење другог, уз истовремено испуњење како услова одговорности из неоснованог обогаћења, тако и оних деликтних. Она треба да олакша положај осиромашеног/оштећеног, који слободно бира основ по ком ће уредити однос са неовлашћеним корисником своје ствари, тј. вршиоцем свог права.¹⁸

У оквир правне заштите спада сваки вид неовлашћене употребе туђе ствари. У правној теорији (Danilović, 1978: 423) направљена је разлика између употребе и коришћења, практично применљива код одређивања врсте и начина реституције.

Употребом ствар се претвара у нешто друго или престаје да постоји¹⁹ (Danilović, 1978: 423), чиме се искључује натурална реституција.²⁰ Корист од употребе надокнађује се у новцу, а износ утврђује према објективној (тржишној) вредности коју је ствар имала у време употребе (несавесни обогаћени) или истицања реститутивног захтева (савесни обогаћени).²¹

17 „Кад је истим догађајем (противправно рушење туђе грађевине и присвајање грађевинског материјала) причињена другом штета и постигнуто обогаћење без основа, то може послужити као чињенични основ како тужбе за накнаду штете тако и тужбе због неоснованог обогаћења.” Врховни суд Југославије, Рев. бр. 1962/65, од 16. 6. 1965, ЗСО из 1965. године, 174. Нав. према: Цигој, 1980: 575.

18 „Када дође до употребе туђе ствари у своју корист, однос између корисника и власника, тј. другог овлашћеног имаоца ствари може се увек расправити по правилима о неоснованом обогаћењу, а по правилима накнаде штете само уколико постоје услови за примену тих правила.” (Ђорђевић, 1980: 662)

19 На пример, изградња туђим материјалом, прерада ствари, спајање или смеша туђе ствари са својом.

20 Ако је за отуђену, потрошену или уништену ствар примљен други предмет (сурогат), осиромашени може тражити да му се он преда уместо исплате новчаног еквивалента. (Визнер, 1977: 6) Детаљно о правилима враћања стеченог без основа видети и: Симоновић, 2012: 143–172 и 180–186.

21 Законодавац уређује обим враћања плодова (природних и цивилних), не и главног предмета обогаћења (в. чл. 214 300). Аналогично морамо поунити ову правну празнину и иста правила применити и у случајевима скривљене пропасти или оштећења ствари (главног предмета обогаћења) и њеног бесплатног отуђења трећем. Несавесни обогаћени дужан је платити објективну – тржишну вредност ствари на дан стицања без основа, чиме испуњава главну обавезу, али је дужан испунити и оне споредне из чл. 214 300, такође у новцу.

Уколико је ствар отуђена за накнаду, вратиће се примљени износ, јер то је вредност употребом постигнуте користи на коју се реферише у чл. 219 300.

Коришћењем ствар задржава свој идентитет, али јој се умањује вредност (Danilović, 1978: 423). Становање у закупљеном стану и по истеку уговореног рока можемо навести као пример. Враћање ствари *in natura* могуће је, упркос томе што из законске формулације произлази да у обзир долази искључиво новчана реституција („...да му *надокнади* корист коју је имао од употребе“, чл. 219 300 *in fine*). Натуралну реституцију допуниће новчана, којом ће обogaћени надокнадити корист од употребе ствари и вредност присвојених плодова (ако је ствар плодносна). Висина надокнаде одредиће се на основу чл. 214 300 вођењем рачуна о савесности/ несавесности обogaћеног.²²

4. Предности реститутивног захтева у односу на захтев за надокнаду штете

Реститутивни захтев из неоснованог обogaћења препоручује се својим дужим роком застарелости (општи рок од десет година²³) у односу на рок у ком застарева потраживање накнаде штете (три, тј. пет година²⁴) и несавесношћу (кривицом) обogaћеног безусловљеном одговорности. Кривица је, с друге стране, најчешћи основ деликтне одговорности (чл. 154, ст. 1 300), али и њен услов: штету проузроковану радњом која се починиоцу не може уписати у кривицу, по правилу, оштећени мора сам да поднесе.²⁵

Реститутивни захтев има још предности. Он погодује оштећеном чији је одштетни захтев застарео, јер се њиме може од лица одговорног за штету, по правилима стицања без основа, захтевати уступање оног што је добило штетном радњом (чл. 209 300). Овај, сада алтернативни, захтев застарева у општем року застарелости од десет година, у ком и иначе застаревају потраживања из неоснованог обogaћења.

22 У нашем примеру, корист од употребе стана након истека уговореног рока огледа се у уштеди трошкова – закупнине, коју би купац био дужан платити да је било основа за коришћење стана. Овај износ умањује се у висини трошкова које је обogaћени имао у вези са ствари, по правилима чл. 215 300. Више у: Симоновић, 2012: 168–171.

23 Видети: чл. 371 300.

24 Видети: чл. 376 300. Ипак, уколико је штета проузрокована кривичним делом чије кривично гоњење застарева у дужем року, потраживање накнаде штете застарева по истеку тог рока (чл. 377 300).

25 У том случају важи принцип *casus a nullo prestatatur* (Радишић, 2008: 214). Имамо у виду ситуације у којима нема услова ни за објективну ни за одговорност по основу правичности, које кривицом нису ни условљене (в. чл. 173, 174 и 169 300).

Посматрањем користи произашле из штетне радње као оне стечене без правног основа и на рачун оштећеног, и њеним уступањем оштећеном, омогућава се каква-таква надокнада претрпљеног губитка. Колико ће се заиста изравнати имовински губитак, зависи од вредности уступљеног: у целости, уколико су штета и сурогат једнаке вредности, или делимично – уколико вредност сурогата није довољан за потпуну накнаду штете. С друге стране, вредност сурогата може бити и већа, посебно кад је штета причињена личним и правима умне својине оштећеног – што даје простора промишљању о оправданости да она, у целости, припадне оштећеном. Дилема је већа уколико титулар неовлашћено вршеног права није намеравао да и сâм врши право или га туђа неовлашћена употреба у томе није спречила.

Реститутивна обавеза састоји се у накнади стечених користи, а њен обим може се одредити или вредношћу употребљене ствари или висином стварно неосновано стеченог. Прописивањем да се корист од употребе *надокнађује* (реституција је новчана), законодавац као да претпоставља да је употребљено изгубило индивидуалност или да више не постоји, и да не може бити враћено *in naturam*. Претпоставка не стоји у сваком случају, нпр., код смеше или спајања своје са туђом ствари које су појединачно и даље препознатљиве и одвојиве без оштећења. Осиромашеном се мора омогућити да изабере између накнаде вредности ствари, коју ће онда препустити обогашеном, и захтева да му она буде враћена у постојећем стању (тако и: Ђорђевић, 1980: 662). Реституција је онда натурална, а може јој се придружити захтев за новчану надокнаду преосталог обогашења, непокривеног вредношћу враћене ствари (обогашење у висини уштеђених трошкова који би се морали начинити да није употребљена туђа ствар²⁶).

5. Закључак

У случају проузроковања штете, грађанскоправна санкција је реакција на повреду опште забране проузроковања штете другоме, а конкретизује се обавезивањем одговорног лица да је надокнади. Стицање користи на рачун другог и без правног основа санкционише се због повреде забране неоснованог обогашења, обавезивањем обогашеног да стечено врати – реституише осиромашеном, коме припада или му је намењено. Повређено право својине, одузимањем или неоснованим задржавањем ствари, такође је санкционисано мером реститутивног карактера, јер је држалац дужан да је врати власнику. Реститутивност својинскоправне заштите објашњава

26 На пример, цена за куповину истоврсне ствари или закупнина за њену привремену употребу.

се природом и *erga omnes* дејством својине, њеном искључивошћу и ексклузивношћу.

Искључивост својине не само да значи да на ствари може постојати само једно право својине већ да су сва својинска овлашћења искључиви прерогативи власника, о чијем вршењу једино он одлучује, сам их вршећи или овлашћивањем другог на то. Сваки додир трећег лица са ствари противно власниковој вољи недопуштено је задирање у подручје његове слободе, које се, за случај депосирања власника, санкционише враћањем (реституцијом) одузете ствари, и то у њеном натуралном облику.

Неовлашћеном употребом туђе ствари такође се повређује право својине и улази у искључиви домен власника ствари. Санкционисањем таквог понашања фокус се, ипак, помера на чињеницу да је употребилац присвојио корист на коју нема право он, већ власник, на чији се рачун и обогатио. Одговорност употребиоцева јесте, пре свега, облигационоправна, испуњава се надокнадом неосновано стечене користи, а повраћајем ствари само ако је она употребом очувала свој идентитет, па је власник може виндицирати.

Ексклузивност и искључивост јесте одлика и других апсолутних права – личних и права умне својине (ауторског и проналазачког права) – па се и она могу на сличан начин заштитити. Тако, ако је њиховим недопуштеним вршењем повредилац постигао (процењиву) корист, осим одговорности за штету или уместо ње, могуће га је изложити одговорности по правилима о неоснованом обогаћењу (стицању без основа) и обавезати га да стечену корист, на коју нема право, преда титулару, чије је право неовлашћено вршио. Типичним примерима сматрају се неовлашћена употреба туђег имена или слике, по правилу познате личности, у рекламне сврхе, чиме је повећан профит одговорног лица, или стицање добити неовлашћеном употребом лиценцираног производа. Овде се из једног скупа чињеница могу извести два посебна (и међусобно конкуришућа) правна захтева – одштетни и облигационоправни захтев из неоснованог обогаћења – између којих ималац повређеног права може бирати онај повољнији. Обавезу надокнаде штете може заменити обавеза да се врати неосновано стечена корист. Неоснованост стицања види се у односу према оштећеном титулару права, коме корист није припала, а требало је, зато што потиче од његовог апсолутног субјективног права. Уколико би повредилац задржао корист, неосновано би се обогатио, што је недопустиво утолико пре што је она проистекла из штете коју је он проузроковао. Реститутивна заштита објашњава се, дакле, природом и карактеристикама повређеног права и забраном неоснованог обогаћења.

Опредељење за кондикцијски уместо одштетног захтева рационално је и ако је корист већа од претрпљеног губитка или је тешко доказати све елементе деликтне одговорности. Предност реституције по правилима стицања без основа посебно се исказује уколико титулару повређеног права није причињена никаква мерљива или видљива штета, јер није намеравао да и сâм врши право или га неовлашћена употреба није у томе спречила. Чини се да питања да ли би и било некакве користи од вршења права да га је вршио његов титулар или да ли је тако нешто и намеравао не треба ни постављати. Чак и да на њих одговоримо негативно, не бисмо могли искључити одговорност повредиоца права, ни по правилима одштетног права ни по правилима стицања без основа. Једноставно, у природи апсолутних грађанских субјективних права је моћ њиховог искључивог вршења и она припада једино титулару. Границама ових права одређен је домен ексклузивног уживања, располагања, па и комерцијализације добара поводом којих су она призната, изван којих треба да остану сва трећа лица, осим ако их је титулар на то овластио или им је допустио, преносом појединих овлашћења

Неовлашћено вршење свих апсолутних права поприма карактеристике недопуштене радње, која може изазвати и деликтну одговорност, чак и ако титулар повређеног права не трпи штету. По нашем мишљењу, у таквом случају штету би требало схватити у ширем смислу, чак је изједначити са радњом неовлашћеног задирања у туђу ексклузивну правну сферу, без обзира на последице, зато што природа повређеног права захтева једну такву свеобухватну правну заштиту. Сваким и самим неовлашћеним вршењем туђег апсолутног права ствара се ситуација супротна њиховој ексклузивној правној природи, по којој нико, осим имаоца права, не сме да има додира са овим правима. Захват у субјективна права апсолутног дејства, сам по себи, недопуштен је и штетан, без обзира да ли има видљиве и мерљиве штете и да ли је титулару ускраћено или отежано истовремено остваривање њихове садржине.

У нашем праву, избор реститутивног захтева из неоснованог обогаћења има најмање две предности за титулара повређеног права. Захтев застарева у дужем, општем року од десет година, насупрот трогодишњем року за потраживања надокнаде штете, што је прва предност, а друга је повољнија процесна позиција тужиоца, који не треба да докаже кривицу туженог (обогаченог), већ само да је он стекао корист на коју нема право, будући да произлази из тужиочеве правне сфере одређене границама (неовлашћено вршеног) апсолутног права, и њему припада. Користи треба придати значење које има у пољу неоснованог обогаћења: увећање имовине или уштеда издатака који су били њено очекивано умањење.

Конкуренција одштетног и захтева из неоснованог обogaћења не представља опште правило упоредног права, посебно у правима у којима је неосновано обogaћење тек фрагментарно уређено и подређено другим изворима правних овлашћења и обавеза (принцип субсидијарности, нпр., у француском праву). Наведени примери стицања користи неовлашћеним вршењем апсолутних права правно се квалификују као деликт, али се висина надокнаде штете одређује сразмерно користи коју је штетник остварио, те се на тај начин, и макар путем резултата, изједначава положај оштећеног са положајем осиромашеног.

Литература/References

Bürgerliches Gesetzbuch. *Bundesgesetzblatt I*. 2002.

Визнер, Б. (1977). Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 12. 1–10.

Von Caemmerer, E. (1954). *Bereicherung und Unerlaubte Handlungen, Festschrift für Ernst Rabel*. Према: *Friedmann, D. (2001)*. Restitution of Benefits obtained through the Appropriation of Property or Commission of a Wrong. U: Smith, L. D. (ed.). *Restitution*. Burlington: Ashgate, Dartmouth. 491–545.

Danilović, J. (1978). Sticanje bez osnova. U *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*. Tom treći. Beograd: NIU Službeni list. 397–429.

Dannemann, G. (2009). *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, A Comparative Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

Ђорђевић, Џ. (1980). Sticanje bez osnova. U Perović, S. i Stojanović, D. (red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Knjiga prva. Kragujevac – Gornji Milanovac: Pravni fakultet – Kulturni centar. 618–662.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1985 и 57. 1989; *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993.

Закон о основама својинскоправних односа. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 62. 1980 и 36. 1990; *Сл. лист СРЈ*. Бр. 29. 1996; *Сл. гласник РС*. Бр. 115. 2005.

Zweigert, K. Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Ковачевић Куштримић, Р. Лazić, М. (2009). *Stvarno право*. Niš: Punta.

Радишић, Ј. (2008). *Облигацино право. Општи део*. Београд: Номос.

Симоновић, И. (2012). *Реституција у грађанском праву – домашај примене*. Докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Street, H. (1962). *Principles of Law of Damages*. Према: *Friedmann, D. (2001)*. Restitution of Benefits obtained through the Appropriation of Property or Commission of a Wrong. U: Smith, L. D. (ed.). *Restitution*. Burlington: Ashgate, Dartmouth. 491–545.

Schlechtriem, P. (2001). *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*. Band II. Tübingen: Mohr Siebeck.

Cigoj, S. (1980). Sticanje bez osnova. U Blagojević, B. Krulj, V. (Red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. I. Beograd: Savremena administracija. 550–575.

Ivana Simonović, Ph.D.

Assistant professor

Faculty of Law, University of Niš

***CONCURRENCE OF ACTIONS BETWEEN THE LAW OF TORT
AND THE LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT IN CASES OF
UNAUTHORIZED USE OF ANOTHER'S SUBJECTIVE RIGHT***

Summary

Non-contractual liability arising out of damage caused to another and unjustified enrichment are two separated and autonomous bodies of law in most legal systems. Legally relevant damage is loss or injury which a person suffers on his/her right or interest worthy of legal protection, and which the responsible person is obliged to compensate. Unjustified enrichment is transfer of wealth without legal justification, which the enriched person is obliged to return in naturam to the person at whose expense the benefit is acquired, or to pay its objective value.

*Although autonomous, these branches of law are not entirely independent from each other. There are situations where the same event can be qualified both as damage as well as unjustified enrichment, establishing the right for the injured person to choose between the action in tort and the one in unjustified enrichment. Cases of *condictio indebiti* (mistaken payments) and of *condictio sine causa* (performances rendered under void or voidable contract) rarely satisfy the legal notion of damage and has little relevance for the law of tort. These performances should be reversed according to the rules of unjustified enrichment.*

Overlap between the tort law and the law of unjustified enrichment emerges when a person without authority interferes with the right of another (not necessarily in the blameworthy manner) and thereby acquires benefits. The unauthorized disposal or use of another's property or personality right are qualified as torts (wrongs) and the injured person, instead of restitution of the acquired benefits, can claim compensation for the damage caused. This is possible for the action in tort and the action in unjustified enrichment to concur to each other. Yet, their alternative nature does not allow the injured party to use them at the same time: she must choose between them.

In this paper the author analyzes elements of unjustified enrichment in the tort law and vice versa, focusing on the above mentioned instances of concurrence of actions, as well as on the legal basis of liability (based-fault responsibility and responsibility independent of fault). She emphasizes the connection between these separated sources of obligation in cases where the injured party waives the claim for damage and, instead, claims the return of profit gained by the unauthorized use of her personality right (for example, right to name or image) or commercial trademark or copyright.

Keywords: *unjustified enrichment, damage, liability, concurrence of actions, restitution, compensation, reparation.*

Др Наташа Стојановић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881321S

UDK: 347.426
Рад примљен: 30.09.2018.
Рад прихваћен: 06.11.2018.

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ЖИВОТИЊА ПРОУЗРОКУЈЕ ПРЕМА ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: Животиње, попут људи, могу да проузрокују штету. Ко одговара за њу, по ком основу, и ко је дужан да је надокнади? Домаћи Закон о облигационим односима не даје децидиран одговор на постављена питања, а вишегодишња судска пракса третира животиње као опасне ствари за чије понашање, по правилу, одговара власник, односно држалац, по правилима објективне одговорности. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије својим одредбама, у начелу, потврђује деловање домаће судске праксе. Узимајући за полазну основу новеле грађанских законика Француске, Аустрије, Немачке и Швајцарске које квалитативно другачије регулишу статус животиња јер животиње више не посматрају као ствари, већ као осетљива бића, те да за њих важе прописи који се односе на ова имовинска добра, осим ако нису искључени прописима којима се уређује њихова добробит, у раду одговорност за штету коју проузрокују животиње осветљавамо управо кроз призму новог приступа у правном третману животиња.

Кључне речи: животиње, правни статус животиња, одговорност за штету, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије.

* natasa@prafak.ni.ac.rs

Овим путем, изражавам надубљу захвалност колегиници Тамари Китановић за несебичну помоћ око превода појединих одлука из праксе швајцарских судова.

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводне напомене

Животиње као и људи могу својим поступцима проузроквати штету, угрожавајући телесни и душевни интегритет људи или њихову имовину, као и живот и здравље других животиња.

Важећи Закон о облигационим односима Републике Србије,¹ за разлику од Грађанског законика Краљевине Србије,² не садржи одредбе којима се регулише одговорност за штету коју животиња проузрокује.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије,³ полазећи од вишегодишње судске праксе⁴ и теоријских схватања⁵ која претежу на ову тему, чини квалитативан помак у односу на актуелне облигационоправне

1 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

2 Видети: пар. 815–817 Грађанског законика Краљевине Србије. За потребе овог рада коришћен је Грађански законик Краљевине Србије, протумачен одлукама одељена и Опште седнице Касационог суда (редакција: Г. Никетић), Београд, 1922.

3 Доступан у *ParagrafLex-овој бази прописа и судске праксе*.

4 У домаћој судској пракси углавном је заступљен став да се животиње третирају опасним стварима и да, сходно томе, њихов сопственик одговара по принципу објективне одговорности. У том правцу видети: одлуку Врховног суда Народне Републике Србије, Гж.1148/58, од 16. јуна 1961. Наведено према: Kostić, 1975: 103; одлуку Врховног суда СР Србије бр. Гж. 11/66. Наведено према: Šeragović, 1987: 997; одлуку Врховног суда Републике Србије, Рев. 2984/91, од 3. децембра 1991; одлуку Врховног суда Републике Србије, Рев. 2655/97, од 9. септембра 1997. Наведено према: Babić, 2009: 224, нап. бр. 379; пресуду Врховног суда Републике Србије, Рев. 3454/2004, од 22. фебруара 2005. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*; пресуду Окружног суда у Новом Саду, Гж. 3545/2005, од 17. новембра 2005. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*; пресуду Вишег суда у Ваљеву, Гж. 1213/2012, од 22. новембра 2012. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*. Судови у Републици Србији, додуше, ретко заступају став да власник животиње одговара за штету коју она проузрокује према правилима субјективне одговорности. У том правцу, рецимо, видети: пресуду Врховног суда САПВ, бр. Рев. 3391/62, од 28. децембра 1962, Збирка судских одлука, књига VII/3/1962. 109; пресуду Окружног суда у Новом Саду, Гж. 3202/97, од 26. фебруара 1998. године и пресуду Врховног суда Републике Србије, Рев. 7043/98, од 16. септембра 1999. године. Наведено према: Radovanov, Petrović, 2009: 48–49. На средини, између ова два дијаметрално супротна гледишта, налазе се одлуке судова који заступају став да животиња у одређеним околностима може бити опасна ствар. У том правцу видети: пресуду Врховног суда Републике Србије, Рев. 2945/99, од 5. августа 1999. године. Наведено према: Radovanov, Petrović, 2009: 47; пресуду Окружног суда у Ваљеву, Гж. 170/2006, од 27. јануара 2006. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*.

5 У домаћој правној литератури углавном је заступљено гледиште да, уколико животиња прозрокује штету, онда њен сопственик одговара по основу ризика, будући да се она сматра опасном ствари. У том погледу видети: Ђорђевић, 1960: 374–375; Andrejević, 1969: 125–127; Đurđević, 2009: 389; Babić, 2009: 224; Kostić, 1975: 100–106;

прописе, те у другој глави, посвећеној проузроквању штете, у четвртом одељку који се односи на одговорност за опасне ствари или опасне делатности, трећи одсек посвећује одговорности за штету коју домаћа животиња проузрокује, остављајући посебним прописима нормирање одговорности за штету коју дивља животиња причини.⁶ Предложена решења, посвећена овом сегменту одговорности за проузроковану штету, за узор, у претежном делу, имају правила садржана у делу *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, аутора Михајла Константиновића.

Предмет наше пажње јесте управо одговорност за штету коју домаћа животиња проузрокује, сагледана кроз призму Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, важећих облигационоправних прописа у појединим савременим европским правним системима, судске праксе и теорије са циљем да се испита које од понуђених решења више одговара сигурности правног промета и уважава интересе оштећеног, али и интересе лица чија је животиња проузроковала штету.

2. Врсте одговорности за штету коју животиња причини у савременим европским правним системима

У француском праву, за штету коју животиња проузрокује одговара сопственик, или лице које је користи за све време док је употребљава, без обзира да ли је животиња била под његовим надзором или је залутала или побегла.⁷ ⁸ Дакле, француски законодавац прихвата објективну одговорност за штету коју животиња проузрокује.⁹

Аустријски законодавац, у нормирању овог сегмента одговорности, полази од тога да свако ко је животињу у штету натерао или је надражио или је

Radišić, 1988: 257–258; Stanišić, 2014: 89–90. Има, међутим, и мишљења да животиње нису опасне ствари. Тако и: Недељковић, 1959: 47.

6 Видети: чл. 323–326 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

7 Видети: чл. 1243 Грађанског законика Републике Француске. За потребе овог рада коришћен је *Code civil*, iz 1804. godine, version en vigueur au 8 août 2018. Преузето 8. августа 2018. године. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

8 Пре измена и допуна Грађанског законика Републике Француске из 2016. године (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2) питање одговорности за штету коју животиња проузрокује било је регулисано чл. 1385.

9 У старијој француској правној литератури одредба чл. 1385, која је по садржини готово идентична сада важећем правилу из чл. 1243 Грађанског законика Републике Француске, тумачена је у правцу одговорности по основу кривике власника. Детаљније видети: Fromageot, 1891: 159; Lucas, 1909: 5 и сл.

занемарио њено чување, одговара за то. При томе, лице које држи животињу може се ослободити одговорности за штету коју она проузрокује, уколико успе да докаже да је за њу обезбедио потребно чување или надзор.¹⁰ Иако би се из наведене законске формулације могао извести закључак да је у питању одговорност која за основу има кривицу држаоца животиње која се претпоставља, а која се може оборити (тако и: Ђорђевић, 1960: 371; Andrejević, 1969: 72; Salma, 2007: 592; Bukovac Puvača, 2009: 228, нап. бр. 30), у савременој правној литератури, ипак, има и заговорника у прилог објективне одговорности (Ђурђевић, 2008: 385), будући да се невршење примереног држања и надзора сматра противправним, а не скривљеним поступком (Karaničić-Mirić, 2008: 629). У прилог овој тврдњи иде и мишљење да одсуство кривице не ослобађа држаоца одговорности, у случају да је постојала посебна опасност од животиње која се и остварила (Koch, Bernhard, Koziol, 2002: 11).

У немачком праву одговорност за штету коју домаћа животиња проузрокује нормирана је узимајући за полазну основу врсту животиње на основу намене – узрочника штете. Уколико су у питању животиње које се чувају ради задовољства и забаве, па проузрокују штету, лице које држи такву животињу одговорно је за штету због створеног ризика – каузална одговорност.¹¹ Ако се ради о животињама које служе за издржавање оног који их држи или за обављање занимања, односно делатности, ради зараде (тзв. корисне животиње), онда је посредни одговорност по основу кривице која се претпоставља, а које се може ослободити ако докаже да је животињу надзирао са потребном пажњом или да би штета наступила и при тој пажњи.¹² Одговорност по основу кривице, независно од намене животиње, прописана је за лице које се уговором обавезе да ће чувати и надzirати животињу, па она проузрокује штету. Он се може ослободити одговорности ако је надзор над животињом вршио са пажњом која је потребна да се штета не проузрокује или да би штета наступила и при таквој пажњи.¹³

10 Видети: пар. 1320 Грађанског законика Републике Аустрије. За потребе овог рада употребљен је Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, из 1811. године, JGS Nr. 946/1811, закључно са изменама и допунама, од 14. августа 2018. године, BGG1. I Nr. 58/2018. Преузето 16. августа 2018. године. [http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_\(AGBG\).html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_(AGBG).html).

11 Видети: пар. 833 Грађанског законика Републике Немачке. За потребе овог рада коришћен је Bürgerliches Gesetzbuch, из 1896. године, RGB1 I S. 195, закључно са изменама и допунама, од 12. јула 2018. године, BGG1. I S. 1151. Преузето 15. јула 2018. године. <http://www.dejure.org/gesetze/BGB/html>.

12 Видети: пар. 834 Грађанског законика Републике Немачке.

13 О одговорности за штету коју животиња проузрокује у немачком праву видети, на пример, код: Lagenz, 1981: 646.

Законик о облигација Швајцарске Конфедерације,¹⁴ прописује да за штету коју причини домаћа животиња одговара лице које је држи, осим ако не докаже да је животињу чувао и надзирао са свом пажњом, неопходном у датим околностима (а не пажњом која је уобичајена у правном саобраћају, *примедба аутора*), или да би штета настала и поред указане пажње.¹⁵ Одговорност онога који држи животињу, која је проузроковала штету, постоји и када је животињу надражило неко треће лице или животиња која припада другоме. У овом случају, лице које одговара за насталу штету има право регреса од лица које је допринело (непосредно или посредно) настанку штете.¹⁶ Иако се, према формулацији садржине чл. 56, ст. 1 Законика о облигацијама да извести закључак да је у питању одговорност за штету која за основ има кривицу онога ко животињу држи (исто и: Andrejević, 1969: 71; Salma, 2007: 592),¹⁷ у швајцарској правној литератури претеже мишљење да је посредни ублажена (проста или обична) објективна одговорност која се заснива на повреди дужности брижљивог поступања (Stauffacher, 2012 : 74; Widmer, Wessner, 2000: 280). Такав је став углавном заступљен и у пракси швајцарских судова.¹⁸

Законик о облигацијама Републике Словеније¹⁹ регулише одговорност за штету коју животиња причини, сврставајући је у посебне случајеве одговорности за штету.²⁰ За штету коју опасна животиња причини одговара њен ималац према правилима каузалне одговорности. Одговорност, утемељена на кривици која се претпоставља односи се на штету коју

14 За потребе овог рада употребљен је 220 – Loi fédérale compétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) из 1911. године, RO 27 321, закључно са изменама и допунама од 30. септембра 2016. године, RO 2017 2077. Преузето 20. априла 2018. године. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c220.html>.

15 Видети: чл. 56, ст. 1 Законика о облигацијама Швајцарске Конфедерације.

16 Видети: чл. 56, ст. 2 Законика о облигацијама Швајцарске Конфедерације.

17 Ђорђевић, такође, сматра да је одговорност за штету коју животиња проузрокује утемељена на кривици, која је по њему објективизирана „јер се установљена претпоставка стварно и тешко може оборити“. Видети: Ђорђевић, 1960: 373.

18 У том правцу, на пример, видети: одлуку Савезног врховног суда Швајцарске: BGE 110 II 136. Преузето 20. априла 2018. године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F110-II136%3Afr&lang=fr&type=show_document BGE 102 II 232. Преузето 20. априла 2018. године. <http://tech4transparency.com/entscheide/bund/bge/dateien/102-II-232.html>; BGE 104 II 23. Преузето 18. априла 2018. године. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2104023.html>.

19 Obligacijski zakonik, *Uradni list RS*, št. 97/2007 – uradno prečišćeno besedilo, 64/2016 – odl. US in 20/2018 – OROZ631.

20 Видети: чл. 159, ст. 1 Законика о облигацијама Републике Словеније.

проузрокује домаћа животиња, а која се не сматра опасном животињом. Ималац домаће животиње може се ослободити одговорности, уколико докаже да је предузео потребне мере за чување и надзор те животиње.²¹ Која се животиња сматра опасном, ближе одређење даје Закон о заштити животиња,²² кроз правило да је то свака животиња која угрожава животну средину, својом неконтролисаношћу и показује агресивно понашање према човеку.²³

Закон о обвезним односима Републике Хрватске,²⁴ не садржи решења којима се уређује одговорност за штету коју животиња проузрокује. И поред тога, хрватска теорија²⁵ и судска пракса²⁶ деценијама углавном третирају животиње као опасне ствари на које се, у случају проузроковане штете, примењују правила о објективној одговорности.²⁷ У судској пракси, међутим, има и примера да се одговорност за штету коју животиња проузрокује посматра искључиво кроз призму кривице одговорног лица – власника животиње.²⁸

У Нацрту заједничког референтног оквира европског приватног права²⁹ изван простор дат је одговорности за штету коју животиња проузрокује. Према овом Нацрту, ималац животиње одговара за штету коју животиња причини према правилима објективне одговорности,³⁰ чак и када је

21 Видети: чл. 159, ст. 2 Законика о облигацијама Републике Словеније.

22 *Zakon o zaščiti živali, Uradni list RS*, št. 98/1999, 126/2003, 61/2006, 14/2007 I 23/2013.

23 Видети: чл. 5 Закона о заштити животиња Републике Словеније.

24 *Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine*, broj 35/05, 41/08, 125/11 – *Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza*, 78/15 и 29/18.

25 Видети, примера ради: Vedriš, Klarić, 1983: 419; Vukovac Puvača, 2009: 232.

26 Видети, на пример: одлуку Окружног суда у Загребу, Гж. 1477/84, од 5. јуна 1984. године, *Pregled sudske prakse. Prilog Naše zakonitosti*, бр. 25/1985. 75; одлуку Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 2053/85, од 30. јануара 1986. године. *Pregled sudske prakse. Prilog Naše zakonitosti*, бр. 30/1986. 59; одлуку Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 859/1994-2, од 10. јануара 1996. године. Преузето 8. јуна 2018. године. <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

27 Видети: чл. 1063–1067 Закона о обвезним односима Републике Хрватске.

28 У том правцу, видети: одлуку Жупанијског суда у Бјеловару, Гж. 359/2009-2, од 17. септембра 2009. године. Преузето 2. јула 2018. године. <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?13166>.

29 *Principles, Definitions and Model rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Преузето 2. априла 2018. године. <http://sakig.pl/uploads/upfiles/moot/dcfr.pdf>.

30 Видети: чл. 3: 203 Нацрта заједничког референтног оквира европског приватног права.

напусти, све до тренутка док неко други не постане њен ималац.³¹ Насупрот томе, Начела европског одштетног права,³² одговорност по основу ризика предвиђају само за изузетно опасне активности, не спомињући уопште животиње, нити било коју активност у вези са њима.³³

Сумаран упоредноправни преглед законских решења посвећених грађанској одговорности за штету коју животиња проузрокује несумњиво показује различит приступ нормотвораца у правном креирању овог сегмента одговорности. Наш Преднацрт Грађанског законика очигледно нуди, као решења, две могућности: једна је блиска ономе што је већ садржано у Грађанском законнику Републике Француске и друга, која је идентична ономе што прописује швајцарски законодавац. Које је од ова два решења прихватљивије за наше право? Чини се оправданим прихватање оба решења, као у словеначком праву, у зависности од тога да ли се нека животиња сматра опасном или не. У случају да опасна животиња проузрокује штету, њен држалац одговара на темељу створеног ризика. Када, пак, домаћа животиња, која нема карактеристике опасне животиње, проузрокује штету, тада би њен држалац одговарао по основу „објективизиране“ кривице која се претпоставља. Сматрамо да је овакво раздвајање одговорности правичније јер, с једне стране, максимално штити оштећеног у случају да штету проузрокује опасна домаћа животиња, омогућавајући му да у брзом и економичном поступку оствари надокнаду штете, а с друге стране, респектује пажљиво понашање држаоца домаће животиње која је проузроковала штету, а притом нема обележја опасне животиње (слично и: Salma, 2007: 576–577). „Јединствени системи ометају савремени правни развој: потребна је нека диференцијација“ (Julesz, 2016).

3. Јесу ли животиње опасне ствари?

Одговорност за штету коју животиња проузрокује неминовно намеће одговоре на следећа питања: јесу ли животиње, у погледу правне природе, ствари и ако јесу, да ли су оне, као такве, извори повећане опасности (тзв. опасне ствари) које могу проузроковати штету?

Последњих деценија, захваљујући многобројним истраживањима која су научно потврдила велику сличност између животиња и људи у

31 Видети: чл. 3: 208 Нацрта заједничког референтног оквира европског приватног права.

32 *Principles of European Tort Law*. Преузето 2. априла 2018. године. <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf>.

33 О Нацрту заједничког референтног оквира европског приватног права и Начелима европског одштетног права, опширније видети код: Bukovac Puvача, 2009: 237–240.

погледу генетског материјала, интелигенције и емотивног живота, али и ангажовању многобројних организација за заштиту животиња, дешавају се промене у правном третману животиња. Велики корак на том пољу учињен је усвајањем закона о добробити животиња у свим европским државама. Поједини модерни закони о добробити животиња третирају их субићима човека која заслужују заштиту због њих самих и њихове вредности, а не посредно ради непосредне заштите људи.³⁴ Такође, и велике европске грађанске кодификације, својим новелама у погледу правног статуса животиња мењају курс деловања, правилом да животиње нису ствари, већ осетљива бића, те да за њих важе прописи који се односе на ова имовинска добра, осим ако нису искључени другим прописима.³⁵

У односу на осавремењене грађанскоправне регуле Француске, Аустрије, Немачке и Швајцарске које имају квалитативно другачији приступ у нормирању статуса животиња, важеће домаће законодавство се деценијама на ту тему децидирано не изјашњава. У теорији и у судској пракси животиње се, као по аутоматизму, и даље третирају као ствари, уз битна ограничења права својине над њима, одредбама Закона о добробити животиња који прописује читав спектар дужности за власнике, али и за друге људе у погледу заштите животиња.³⁶

Оно што је за нас посебно значајно јесте да ни Преднацрт Грађанског законика Републике Србије не одступа од третирања животиња као ствари. Наиме, из дефиниције покретних ствари,³⁷ могло би се закључити да се животиње уврштавају у ову категорију имовинских добара („покретне ствари су оне ствари које се могу саме кретати ...“). Нашу тврдњу додатно поткрепљује део, садржан у овом будућем правном извору, који регулише одговорност за опасне ствари или опасне делатности, и у оквиру њега, како је већ речено, посебно нормира одговорност за штету од животиња.

34 Видети нарочито: пар. 1 Закона о заштити животиња Републике Аустрије (Tierschutzgesetz, из 2004. године, BGBl. I, Nr. 118/2004, закључно са изменама и допунама, од 14. јуна 2018. године, BGBl. I Nr. 37/2018., Преузето 30. јуна 2018. године. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassungundesnormer&Gesetzesnummer=20003541> и пар. 1 Закона о заштити животиња Републике Немачке (Tierschutzgesetz, из 1972. године, у верзији објављеној 2006. године, BGBl. I S. 1206, 1313, закључно са изменама и допунама, од 29. марта 2017. године, BGBl. I S. 626. Преузето 5. априла 2018. године. <http://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BjNR012770972.html>.

35 Видети, на пример: чл. 515-14 Грађанског законика Републике Француске; пар. 285а Грађанског законика Републике Аустрије; пар. 90а Грађанског законика Републике Немачке и пар. 641а Грађанског законика Швајцарске Конфедерације.

36 Видети нарочито чл. 6 Закона о добробити животиња Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009.

37 Видети: чл. 141 Предацрта грађанског законика Републике Србије.

На први поглед, овако срочена правила о одговорности за штету коју животиња проузрокује у Преднацрту Грађанског законика не уважавају у довољној мери прописе којима се штити добробит животиња. Наиме, Преднацрт говори о животињама као стварима, а Закон о добробити животиња животиње дефинише као кичмењаке који, слично као и људи, могу да осете бол, патњу, страх и стрес.³⁸ То нам даје за право да тврдимо да је, ипак, имало више оправдања унети у овај будући правни извор решење о статусу животиња које садрже новелиране грађанске кодификације Француске, Аустрије, Немаче и Швајцарске.³⁹

Такође, правило да се све домаће животиње сматрају опасним стварима није у сагласју са прописима о добробити животиња, будући да, једино, Правилник о начину држања паса који могу представљати опасност за околину,⁴⁰ донет на основу Закона о добробити животиња Републике Србије,⁴¹ јасно прави разлику на опасне псе и они који то нису.⁴² У погледу других домаћих животиња, прописи о добробити животиња не праве поделе на опасне животиње и оне које то нису („безопасне“), што даје повода за тврдњу да је опасност настанка штете коју животиње проузрокују, изузев опасних паса, у границама друштвено прихватљивог ризика настанка штете (Вуковас Ривача, 2009: 230), будући да оне у нормалним околностима, уз одговарајући смештај, уобичајен надзор и коришћење нису извор повећане опасности,⁴³ на чему се изричито инсистира приликом

38 Видети: чл. 5, ст. 1, тач. 13 Закона о добробити животиња Републике Србије.

39 О правном статусу животиња опширно видети: Стојановић, 2017: 33–51.

40 *Службеник гласник РС*, бр. 65/2010.

41 Сагласно садржини чл. 53, ст. 3 Закона о добробити животиња Републике Србије.

42 У том контексту, Правилник о начину држања паса који могу представљати опасност за околину предвиђа да се псом опасним по околину сматра: пас који је, без очигледног повода, напао човека и усмртио га или му нанео телесне повреде; затим, пас који је, без очигледног повода, напао другог пса и усмртио га или му нанео тешке телесне повреде; потом, пас који је узгајан, односно дресиран за борбе паса или нађен у организованој борби са другим псом; пас који је узгајан као телесни чувар или чувар имовине; као и пси, расе пит бул теријер или мешанци исте расе који притом не потичу из контролисаног узгоја, укључујући и псе, расе: бул теријер, стафорд теријер, амерички стафорд теријер и мини бул теријер или мешанци тих раса. Видети: чл. 2 овог Правилника.

43 Да све на планети Земљи може бити извор опасности (не и повећане опасности, *примедба аутора*), потврђује и пример из француске судске праксе. Наиме, у једном случају хипермаркет је проглашен одговорним за штету причињену оштећеном који се оклизнуо на листу салате, пао и повредио се. О том случају је, својевремено, и француска дневна штампа писала. Видети: *Carrefour condamné pour une feuille de salade glissante*. Преузето 14. маја 2018. године. <http://www.leparisien.fr/faits-divers/carrefour-condamne-21-12-2010-1199481.php>.

класификовања одређене ствари опасном (Šeparović, 1987: 1002; Vučević Puvača, 2009: 231). На тим позицијама је судска пракса у појединим случајевима.⁴⁴

Предмет наше пажње јесте одговорност за штету коју домаћа животиња може проузроковати. Ближе одређење правно-техничког израза „домаћа“ животиња даје Закон о добробити животиња Републике Србије, правилом да је то свака јединка из животињског света коју је човек одомаћио и чији је опстанак директно условљен његовом бригом.⁴⁵ Са њима би требало, барем када се ради о одговорности за штету, да буду изједначене дивље животиње о којима човек брине – дивље животиње у заточеништву (на пример, у зоолошким вртovima, циркусима, прихватилиштима за дивље животиње) и ројеви пчела⁴⁶ (Stauffacher, 2012: 75–76).

4. Субјекти који одговарају за штету коју животиња причини

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, по угледу на решење садржано у Грађанском закоником Републике Француске,⁴⁷ као субјекта који одговара за штету коју животиња прозрокује наводи њеног сопственика, независно од тога да ли се животиња, у време проузроковања штете, налазила код њега или је залутала или је, пак, одбегла.⁴⁸ Одговорност сопственика животиње која је проузроковала штету протеже се и на случај штете причињене лицу које је добровољно покушало да је ухвати или задржи.⁴⁹ У алтернативи овог решења, међутим, уместо термина „сопственик“, употребљава се, као и у швајцарском праву,⁵⁰ синтагма „лице које је држи“. Који од понуђених предлога је прихватљивији и има више оправдања. Одговор на постављено питање треба, у првом реду, тражити

44 Тако, Врховни суд Хрватске у једном случају сматра да „kriterij za ocjenjivanje stupnja opasnosti koju krava predstavlja za okolinu treba dakle biti njeno uobičajeno normalno ponašanje u određenoj situaciji, a po tom kriteriju krava zaista nije opasna stvar. Prema tome, o tuženikovoј odštetnoj odgovornosti treba odlučivati primjenom odredaba ZOO o odgovornosti po osnovu krivnje (čl. 154. st. 1. te čl. 158 i sl.), a ne onih o odgovornosti za štetu od opasne stvari“. Видети: одлуку Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 849/83, од 3. новембра 1983. године. Наведено према: Šeparović, 1987: 1002.

45 Видети: чл. 5, ст. 1, тач. 9 Закона о добробити животиња Републике Србије.

46 Према одредбама Грађанског законика Краљевине Србије, пчеле се сматрају домаћим животињама за све време док су кошницама и 24 часа пошто изађу из кошница. Видети: пар. 240 Грађанског законика Краљевине Србије.

47 Видети: чл. 1243 Грађанског законика Републике Француске.

48 Видети: чл. 323, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

49 Видети: чл. 323, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

50 Видети: чл. 56 Законика о облигацијама Швајцарске Конфедерације.

у значењу израза „сопственик“ (власник) и „држалац“ животиње. Ближе одређење за ове појмове даје Закон о добробити животиња Републике Србије. Тако се под власником подразумева правно или физичко лице, односно предузетник који има право да држи животињу, да је чува, узгаја, користи репродукује, превози и отуђује, а притом је одговорно за живот животиње и заштиту њеног здравља, као и добробити.⁵¹ Држалац животиње се у погледу овлашћења одређује готово идентично као и власник (изузев могућности да отуђи животињу), али је он ослобођен одговорности за живот животиње, као и за заштиту њеног здравља и добробити.⁵²

Са аспекта одговорности за штету коју животиња проузрокује битно је ко стварно има власт над животињом у тренутку настанка штете (слично и: Widmer, Wessner, 2000: 280–281), „ко врши ефективну контролу над животињом и ко је у стању да јој пружи одговарајућу пажњу“.^{53 54} Будући да сопственик животиње не мора у исто време да буде и лице које је чува, користи или надзире,⁵⁵ а да власништво редовно подразумева и држање животиње, следи да је прихватљивије решење о употреби израза „држалац“ животиње. У прилогу нашој констатацији иде и садржина чл. 324 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије која нормира одговорност лица – професионалаца којима је животиња поверена на чување или старање (на пример, ветеринар, пансион за животиње). *Argumentum a contrario* следи да ако је животиња поверена на чување или старање неком ко се, у виду занимања или делатности, професионално не бави тиме, ко од те активности нема користи, онда је он помоћник

51 Видети: чл. 5, ст. 1, тач. 3 Закона о добробити животиња Републике Србије.

52 Видети: чл. 5, ст. 1, тач. 10 Закона о добробити животиња Републике Србије.

53 Видети: одлуку Савезног врховног суда Швацарске: BGE 110 II 136. Преузето 20. априла 2018. године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F110-II136%3Afr&lang=fr&type=show_document.

54 Свезни врховни суд Швајцарске је у случају BGE 104 II 23, утврдио да је за штету коју је коњ Глобус проузроковао, уместо власника, одговорно лице које га је изнајмило ради јахања. Према ставу суда, одговорност закупца коња утемељена је на „блискости са животињом“, због чега је он био „у реалном положају да господари њом и према околностима покаже потребну пажњу“, у време када је штета причињена. Видети: BGE 104 II 23. Преузето 18. априла 2018. године. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2104023.html>.

55 У француској судској пракси заузет је став да се сматра чуваром понија и да одговара за штету коју је он проузроковао, власница земљишта на коме је пони привремено боравио са њеном дозволом. Видети: Cour d'appel de Nancy – Chambre civile 1 – 6/9/2004. Преузето 20. априла 2018. године. <http://chevaletdroit.com/category/24-responsabilite-civile-du-proprieetaire-ou-garden/2>.

држаоца животиње (супружник држаоца и сл.)⁵⁶ и за учињену штету и даље одговара држалац^{57 58} (опширније код: Stauffacher, 2012: 75). Сличан став, у погледу субјекта који одговара за штету коју животиња проузрокује, заузимају и француски судови у ситуацији када је пријатељ сопственика пса добровољно преузео обавезу да га прошета,⁵⁹ или да га понесе, у одсуству власника,⁶⁰ или да га храни неколико дана у кући сопственика,⁶¹ док пребацује терет одговорности са власника на комшију који је неколико дана преузео добровољно бригу о животињи у својој кући, са аргументацијом да се подразумева да је на чувара пренета моћ усмеравања, контроле и употребе (*direction, controle et usage*) и да је он као чувар то прихватио.⁶²

Од правила да је за одговорност за штету коју животиња проузрокује релевантна фактичка власт над животињом, а не правна власт, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије прописује изузетак у случају да власник животиње, предајући животињу другоме на чување, негу или коришћење није му обратио пажњу да животиња има одређену ману. Једино тада, а као последица несавесног поступања, за насталу штету коју је животиња проузроковала, одговара сам власник.⁶³ Чини се да истоветном решењу има места и у ситуацији да је држалац животиње трећем лицу дао упутство у погледу чувања животиње,⁶⁴ а испостави се да су те „смернице“ бескорисне (тако и: Недељковић, 1959: 46).

56 У швајцарској правној литератури, слично, има залагања да се у предстојећој реформи облигационоправних прописа о одговорности треба руководити ревалоризацијом критеријума који се тиче користи, у односу на критерију који се односи на господарење над животињом. Опширније: Widmer, Wessner, 2000: 284.

57 У том правцу гласи и одлука Савезног врховног суда Швајцарске, BGE 110 II 136. Преузето 20. априла 2018 године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F110-II136%3Afr&lang=fr&type=show_document.

58 Андрејевић, пак, тврди да би тада ово лице могло да одговара по основу кривице, а не створеног ризика. Видети: Andrejević, 1967: 113.

59 Видети: Cour d'appel de Dijon, 16 février 1989. Преузето 10. априла 2018. године. <http://responsabilite-civile-chien.com/transfert-de-garde-chien/>

60 Видети: Cour d'appel de Paris, 13 décembre 1989. Преузето 10. априла 2018. године. <http://responsabilite-civile-chien.com/transfert-de-garde-chien/>

61 Видети: Cour d'appel de Caen, 30 juillet 1996. Преузето 10. априла 2018. године. <http://responsabilite-civile-chien.com/transfert-de-garde-chien/>

62 Видети: Cour d'appel de Versailles (N° de RG: 1996-048), 13 février 1998. Преузето 10. априла 2018. године. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

63 Видети: чл. 324, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

64 Тако, према Закону о добробити животиња Републике Србије постоји дужност власника, односно држаоца кућних љубимаца који се бави њиховом репродукцијом

5. Услови одговорности за штету коју животиња проузрокује

Грађанска одговорност за штету коју животиња проузрокује подразумева испуњење одређених услова. У опште услове уврштавамо: штету и узрочну везу између настале штете и понашања животиње. У посебне услове убрајамо: присуство домаће животиње, њено инстинктивно понашање и, у случају да се у српском праву прихвате два основа одговорности, одсуство брижљивог поступања сопственика, односно држаоца животиње (слично видети и код: Stauffacher, 2012: 75–77). Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, а ни важећи облигационо правни прописи, као услов одговорности за штету коју животиња проузрокује, изричито не захтевају противправност, али се она претпоставља, будући да се понашањем животиње „крше забране или заповести што проистичу из правних норми“ (Radišić, 1988: 220).

5.1. Штета

Животиња својим поступцима може проузроковати како материјалну, тако и нематеријалну штету.

Под материјалном штетом подразумева се умањење нечије имовине (обична штета) или спречавање њеног увећања (измакла добит). Нематеријална штета се односи на наношење физичког или душевног бола или проузроковање стања страха.⁶⁵

5.2. Узрочна веза

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, будући да животињу сматра опасном ствари, за њу прописује претпоставку узрочности, што даље значи да се претпоставља да је животиња проузроковала штету, ако је учествовала у њој, осим ако њен држалац не успе да докаже да она није узрок штете.⁶⁶

Између причињене штете и активности животиње, дакле, мора да постоји узрочна веза. Теорија и судска пракса инсистирају како на природном, тако и на адекватно узрочном односу између понашања животиње и проузроковања штете. Постојање природне узрочне везе треба да покаже да ли би штета наступила и да се случај са животињом није догодио. „Сваки

у комерцијалне сврхе да, приликом продаје или уступања кућног љубимца, преда писано упутство о условима и начину његовог држања. Видети: чл. 56, ст. 1 овог законског текста.

65 Видети: чл. 155 Закона о облигационим односима Републике Србије.

66 Видети: чл. 317 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

догађај је природно узрочан уколико се не може занемарити, а да тиме не изостане и сам резултат (Ђурђевић, 2008: 384).

Адекватно узрочна веза треба да потврди који је од више узрока одлучујући за настанак штете, полазећи од онога што се редовно догађа (Andrejević, 1969: 100). Према ставу Савезног врховног суда Швајцарске Конфедерације, понашање животиње може се сматрати адекватним узроком настанка штете, уколико је према уобичајеном току ствари и општем животном искуству, подобно да доведе до резултата који је наступио.^{67 68}

Према швајцарском Законику о облигацијама, одговорност држаоца животње за штету коју она проузрокује, подразумева не само каузалну везу између понашања животиње и штете, већ и узрочни однос између одсуства брижљивог поступања држаоца и настале штете. Први наведени узрочни однос оштећени мора да докаже, а друга каузална веза се претпоставља (опширније: Widmer, Wessner, 2000: 281–282). Ова врста каузалитета би за наше право била релевантна, ако се прихвати правило о „објективизираној“ субјективној одговорности за штету коју домаћа животиња која није опасна причини.

5.3. Понашање животиње

Домаћа животиња мора да има активну улогу у проузроковању штете (Stauffacher, 2012: 76; Widmer, Wessner, 2000: 284)⁶⁹ Та активност се редовно рефлектује кроз покрете животиње. При томе, за настанак штете није неопходан физички контакт између оштећеног и животиње (на пример, услед лајања пса, човек од страха изгуби равнотежу и падне са бицикле).

Штету узрокује искључиво понашање које је својствено и типично за одређену животињску врсту (примера ради, ујед паса, гребање мачке, ритање коња) и које је последица њених нагона, те је стога спонтано, инстинктивно и неочекивано. „Животиња која се понаша нормално

67 Видети: BGE 123 III 110ff. Преузето 20. априла 2018. године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F123-III-110%3Ade&lang=de&type=show_document.

68 Савезни врховни суд Швајцарске је, процењујући узрочну везу између напада пса и штете, закључио да је такво понашање пса, према уобичајеном току ствари и општем животном искуству, могло да изазове страх од животиње, његово бекство и пад у јаму силоса, а тиме и телесну повреду. Видети случај: BGE 102 II 232. Преузето 20. априла 2018. године. <http://tech4transparency.com/entscheide/bund/bge/dateien/102-II-232.html>.

69 У правној литератури има схватања да и пасивно стање животиње може бити узрок штете, будући да њему претходи нека активност животиње (Andrejević, 1969: 96–97).

(уобичајено, *примедба аутора*) не испуњава овај услов“ (Stauffacher, 2012: 76).⁷⁰

Да ли се узроком штете сматра инстинктивна реакција животиње, проузрокована понашањем трећег лица или понашањем животиње која припада другом лицу? Преднацрт Грађанског законика Републике Србије о томе ништа изричито не каже, насупрот швајцарском Законику о облигацијама. Наиме, швајцарски законодавац и за такву ситуацију предвиђа одговорност држаоца животиње која је прозороковала штету, с могућношћу да се он регресира за исплаћену надокнаду штете од правог починиоца штете.^{71 72} Држалац животиње, међутим, неће одговорати за проузроковану штету ако је његова болесна животиња заразила људе или друге животиње, или у случају да је животиња инструмент у рукама другог човека, као и у ситуацији да су спољне силе деловале на њено нагонско понашање (Stauffacher, 2012: 76). У ситуацији да је држалац животиње, у тренутку несреће, њом управљао или је рђаво водио или је малтретирао, онда проузроковач штете није непосредно животиња, већ човек и његово понашање (Andrejević, 1969: 98 и тамо наведена литература).

5.4. Објективизирана кривица

Као што је већ речено, у случају да се одредимо за субјективну одговорност држаоца животиње, када штету проузрокује домаћа животиња која није опасна, потребно је да он прекрши обавезу брижљивог поступања, тј. да животињу није чувао и надгледао уз сву потребну пажњу које налажу околности конкретнoг случаја или да, упркос бризи, настанак штете није могао да спречи. Дакле, овде се захтева појачана пажња „предузимање свих објективних и неопходних мера, нужних у датим приликама“ (Stauffacher, 2012: 76–77),⁷³ а не понашање у складу са одређеним обичајима,⁷⁴

70 Супротно мишљење заступа Андрејевић са тврдњом да се поступци животиње не могу процењивати као када је реч о људима. Видети: Andrejević, 1969: 97.

71 Видети: чл. 56, ст. 2 Законика о облигацијама Швајцарске Конфедерације.

72 О томе опширније видети код: Widmer, Wessner, 2000 : 284–285.

73 Тако, Савезни врховни суд Швајцарске сматра да у случају напада пса на оштећеног, држалац животиње није предузео све потребне мере, будући да се пас налазио на дугом ланцу, да није било обавештења о забрани проласка, нити ограда или знакова који обележавају границе између дела имања, доступног гостима кафића и дела резервисаног за фармера и његове раднике, као ни јасно видљивог знака да се у близини налази опасан пас. Видети случај наведен у претходној напомени.

74 У том правцу видети и одлуку швајцарског Савезног врховног суда Швајцарске: BGE 102 II 232. Преузето 20. априла 2018. године. <http://tech4transparency.com/entscheide/bund/bge/dateien/102-II-232.html>.

које претпоставља пропусте у надзору животиње или недовољно чување животиње (Недељковић, 1959: 47). Отуда, потребан је јак доказ да су се стекли услови за ослобођење од одговорности.^{75 76}

6. Право задржавања (*ius retentionis*)

Преднацрт Грађанског законика, по угледу на Скицу за Законик о облигацијама и уговорима, нормира право држаоца земљишта⁷⁷ да ухвати и задржи туђу животињу која му је причинила штету, са циљем обезбеђења надокнаде штете.⁷⁸ Истовремено, дужност је држаоца земљишта да, без одлагања, онога ко се стара о животињи обавести о насталој штети и о задржавању животиње, а уколико се не зна чија је животиња, онда се о томе обавештава орган јединице локалне самоуправе.⁷⁹ Уколико се не обавести држалац животиње о проузрокованој штети, то може бити повод за плаћање обштећења (Landman, 1975: 136).

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, за разлику од швајцарског Законика о облигацијама и Грађанског законика Краљевине Србије, не предвиђа могућност усмрћења животиње од стране власника непокретности⁸⁰ (или његовог помоћника) на којој је штета наступила, уколико је то оправдано у датим околностима, према швајцарским

75 У том смислу говоре: ATF 41 II 242; ATF 58 II 377, ATF 67 II 28С, BGE 102 II 232. Преузето 20. априла 2018. године. <http://tech4transparency.com/entscheide/bund/bge/dateien/102-II-232.html>.

76 У случају пса далматинца Мирита, Савезни врховни суд Швајцарске је закључио да држалац пса, односно његова супруга као помоћник, нису пружили неопходне мере да пас не побегне из куће, напусти двориште и изађе на пут, удари га аутомобил и смртно страда, а возач аутомобила задобије озбиљне повреде. Видети: BGE 110 II 136. Преузето 20. априла 2018. године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F110-II-136%3Afr&lang=fr&type=show_document.

77 С правом је примећено у правној литератури да употреба термина „држалац земљишта“ није потпуно адекватан, будући да животиња може проузроковати штету и на другој непокретности (кући или стану). Опширније о томе видети код: Антић, 2008: 493.

78 Упоредити: чл. 325, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије са чл. 144, ст. 1 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

79 Видети: чл. 325, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије и чл. 144, ст. 2 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

80 У правној литератури има мишљења да ово право треба проширити на сва лица која „стварно господаре“ непокретношћу, укључујући и закупца. Видети: Widmer, Wessner, 2000: 285..

прописима,⁸¹ односно у случају нужде, према прописима Краљевине Србије.⁸²

Наведена правила у швајцарском праву имају примену, уколико је животиња у власништву трећег лица. Ако се не зна ко је сопственик животиње, држалац непокретности има право да животињу само истера са своје непокретности (Widmer, Wessner, 2000: 285). Грађански законик Краљевине Србије, пак, независно од тога чија је животиња, прописује право сопственика непокретности на којој је штета проузрокована да, осим задржавања животиње, њу силом истера или одбије.⁸³

Реализацијом права задржавања у исто време се избегава значајнија штета коју би одбегла или залутала туђа животиња могла да проузрокује, и не мање битно, обезбеђују се потребни докази о узрочној вези између настале штете и животиње која ју је проузроковала (Widmer, Wessner, 2000: 286–287).

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије не прописује, као Грађански законик Краљевине Србије, у ком је року држалац животиње дужан да надокнади штету. Чини се да релативно кратак период (осам дана од настале штете), предвиђен српским Грађанским закоником, може спречити делотворну примену овог прописа.⁸⁴

7. Ослобођење од одговорности за штету коју домаћа животиња проузрокује

И поред прузроковања штете од стране домаће животиње, њен држалац може бити ослобођен одговорности у случајевима прописаним Преднацртом Грађанског законика Републике Србије. Наиме, држалац животиње за коју оштећени тврди да је проузроковала штету може се ослободити одговорности, уколико докаже одуство узрочне везе између наступеле штете и активне улоге његове животиње.⁸⁵

Редовно, долази до ослобођења од одговорности за проузроковану штету услед више силе. Додуше, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, као ни важећи Закон о облигационим односима, не употребљава овај правно-технички израз, али се из формулације да је узрок настанка

81 Видети: чл. 57 швајцарског Законика о облигацијама.

82 Видети: пар. 816 Грађанског законика Краљевине Србије.

83 Видети: пар. 816 Грађанског законика Краљевине Србије.

84 Видети: пар. 817 Грађанског законика Краљевине Србије.

85 Видети: чл. 317 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

штете спољни, тј. налази се изван животиње (на пример, удар грома), а да се притом његове последице нису могле предвидети, спречити или избећи,⁸⁶ може закључити да је заправо о томе реч.

Држалац животиње, такође, се може ослободити одговорности за проузроковану штету, уколико докаже да је она заправо последица кривице оштећеног или неког трећег лица, а да притом њу није могао предвидети или њено дејство избећи или отклонити.⁸⁷ Дакле, као и у случају више силе, захтева се не само кривица оштећеног или трећег лица, већ и да је за држаоца животиње штета била непредвидва и неотклоњива.⁸⁸ Отуда, по схватању Касационог суда Републике Француске, то што је оштећена ушла на приватни посед, без дозволе, и поред упозорења да се у дворишту налази опасан пас (немачки овчар), нису биле околности које би ослободиле држаоца пса одговорности, будући да је штету могао предвидети и последице могао отклонити.⁸⁹

Уколико би се као решење за штету коју проузрокује домаћа животиња, која није опасна по околину, прихватила одговорност по основу „објективизиране“ кривице, следи, да када држалац животиње пружи потребне доказе да је њу чувао и надгледао уз сву потребну пажњу, сходно околностима конкретног случаја и да, упркос бризи, настанак штете није могао да спречи, он може бити ослобођен одговорности (деталније: Staffacher, 2012: 76).

8. Одговорност за штету коју напуштена животиња проузрокује

Како је већ речено, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије предвиђа као могуће решење одговорност сопственика животиње за штету коју она проузрокује, независно од тога да ли је у време причињене штете животиња била код њега или је побегла или залутала.⁹⁰

86 Видети: чл. 318, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

87 Видети: чл. 318, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

88 Тако је, Касациони суд Републике Француске, због злонамерног поступања трећег лица, које је током ноћи пустило из боксова и штале коње, услед чега је један од коња изашао на аутопут и проузроковао саобраћајну несрећу у којој је возач аутомобила страдао, ослободио одговорности власника коња. Видети: Cour de cassation, 1 octobre 1997 (N° de pourvoi: 95-83471). Преузето 20. априла 2018. године. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

89 Видети: Cour de cassation, 27 mars 2014 (N° de pourvoi: 13-15528). Преузето 20. априла 2018. године. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

90 Видети: чл. 323, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

Примена ове одредбе у пракси неће бити проблем, под претпоставком да се зна ко је сопственик напуштене животиње. И поред законске дужности, прописане Законом о ветеринарству Републике Србије, да пси, мачке и друге домаће животиње морају бити на адекватан начин обележени и регистровани,⁹¹ у реалности је то знатно другачије. Сведоци смо готово свакодневне појаве да се велики број необележених паса и мачака, који су некада имали власника, сада налази на улици⁹² и као такав има, према Закону о добробити животиња Републике Србије, статус напуштене животиње.⁹³ Отуда се, као неминовно, намеће питање ко сноси одговорност, уколико напуштена животиња проузрокује штету и о којој врсти одговорности је реч?

Будући да се под окриље комуналних услуга, за чије је квалитетно и ефикасно вршење одговорна јединица локалне самоуправе,⁹⁴ подводи и делатност зоохигијене, која, поред осталог, обухвата контролу и смањење популације напуштених паса и мачака, као и хватање, збрињавање и ветеринарску заштиту напуштених и изгубљених животиња,⁹⁵ следи да је за штету коју напуштена животиња проузрокује одговорна јединица локалне самоуправе. Како је свака јединица локалне самоуправе дужна, на основу Закона о ветеринарству Републике Србије, да организује зоохигијенску службу за обављање послова прикупљања и збрињавања напуштених животиња у прихватилиштима за животиње,⁹⁶ закључак је да, уколико напуштена животиња проузрокује штету, одговарају солидарно јединица локалне самоуправе и јавно комунално предузеће које обавља делатност зоохигијене,⁹⁷ под претпоставком да без оправданог разлога обустави или нередовно врши своју делатност.⁹⁸

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, у погледу одговорности за штету која наступи у вези обављања послова од општег интерес не одступа од Закона о облигационим односима, сврставајући ову

91 Видети: чл. 6, ст. 1, тач. 7 Закона о ветеринарству Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 91/2005, 30/2010 и 93/2012.

92 „Црна“ статистика каже да је 70% напуштених паса некада имало власнике. Податак наведен код: Vukmirović, 2013.

93 Видети: чл. 5, ст. 1, тач. 22 Закона о добробити животиња Републике Србије.

94 На основу чл. 6, ст. 1 Закона о локалној самоуправи Републике Србије.

95 Видети: чл. 3, ст. 1, тач. 14 Закона о комуналним делатностима Републике Србије.

96 Видети: чл. 46, ст. 1, тач. 1 Закона о ветеринарству Републике Србије.

97 У том правцу, видети и: пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 1900/2014, од 22. маја 2014. године; решење Вишег суда у Пожаревцу, Гж. 1561/2015(2014), од 9. децембра 2015. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*.

98 Видети: чл. 184 Закона о облигационим односима Републике Србије.

одговорност у посебне случајеве одговорности, не опредељујући притом основ одговорности. И судови, поступајући у оваквим случајевима, у образложењима својих пресуда ретко дају појашњење о којој одговорности је реч.⁹⁹

Ако пођемо од тога да јавно-комунално предузеће које обавља делатност зоохигијене, као и јединица локалне самоуправе, није и сопственик или држалац животиње и да та делатности не спада у ред опасних делатности, следи да нема места за тврдњу да се ради о одговорности по основу ризика.¹⁰⁰

Чињеница је да објективна одговорност за проузроковану штету олакшава пут оштећеном да је надокнади. Није, међутим, занемарљиво да се у, у циљу „стицања брзе зараде“, лажирају уједи напуштених паса или се сва „кривица“ у проузроковању штете свали на животињу са позивом на њену агресивност. Спроведена истраживања стручњака ветеринарске струке, пак, показују да напуштени пси ретко када први нападају, већ да инстинктивно реагују, због директне угрожености или услед страха и стреса, изазваног, редовно, од стране човека или власничке животиње (Terzin, Penezić, 2013). „Захваљујући“ човеку који је ту исту животињу оставио на улици, она мења своје понашање и психу. Чак и када напуштена животиња испољава агресивност¹⁰¹ и напада да би се одбранила, те повреде у највећем броју случајева не угрожавају живот људи (Terzin, Penezić, 2013).

Наведени аргументи дају нам за право да тврдимо да одговорност по основу створеног ризика за штету коју напуштена животиња проузрокује нема много оправдања и да је прихватљивије решење, како би се смањио велики број захтева за надокнаду штете (што основаних, што неоснованих),¹⁰² предвидети одговорност по основу кривице која се релативно претпоставља. Овакво решење има смисла и оправдања,

99 У том погледу видети: пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 1900/2014, од 22. маја 2014. године, који се изјашњава у прилог објективне одговорности. Извор: *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*.

100 Слична аргументација већ постоји у судској пракси. У том правцу видети: одлуку Жупанијског суда у Бјеловару, Гж-359/2009-2, од 17. септембра 2009. године. Преузето 2. јула 2018. године. <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?13166>.

101 О врстама агресивности код животиња, видети опширније код: Miklosi, 2009.

102 Поражавајуће, узнемирујуће, али и у најмању руку чудно делују подаци да су јединице локалне самоуправе у Републици Србији за последњих шест година потрошиле, на име одштете због уједа напуштених паса, за 77.500 грађана, најмање 25 милиона евра, иако је на улицама све мање паса, а све их више у прихватилиштима. Видети: *Ko зарађује од уједа паса lutilica?* Преузето 14. августа 2018. године. <http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/124/drustvo/3026831/>; *Sve je više pasa lutilica – slučajnost ili*

уколико се спроведе систематско обележавање и регистрација свих паса и мачака, и предвиде одговарајуће казне за власнике који то не поштују, као и ако се пропишу строжије казне од, постојећих, за напуштање животиња које сада не делују ни превентивно, а ни репресивно.¹⁰³

9. Закључна разматрања

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, у односу на Закон о облигационим односима, садржи одредбе о одговорности за штету коју домаћа животиња проузрокује, што се сматра квалитативним помаком. Дискутабилно је, међутим, да ли је поменути одредбама место у окриљу одговорности за опасне ствари или би оне требало, као засебна целина, да се нађу међу посебне случајеве одговорности за штету. Ово утолико пре што животиње нису ствари, већ према одредбама Закона о добробити животиња Републике Србије, кичмењаци који, слично као и људи, могу да осете бол, патњу, страх и стрес, и што све домаће животиње немају својство опасних животиња.

У зависности од тога да ли штету проузрокује опасна или „безопасна“ животиња требало би да се изврши диференцијација у погледу одговорности за штету које оне проузрокују. У случају да штету причини опасна домаћа животиња, има места примени одговорности на основу ризика, а у ситуацији да штету проузрокује домаћа животиња која није опасна, прихватљиво је решење о одговорности по основу кривице, која је конципирана на објективним показатељима. Отуда, има места у будућем Грађанском закоником Републике Србије за оба решења у погледу одговорности, како предлаже Преднацрт. Чини се да би се оваквим решењем, с једне стране, максимално заштитили интереси оштећених лица, а с друге стране, била би уважена чињеница брижљивог поступања држаоца према домаћој „безопасној“ животињи која је проузроковала штету. У погледу штете коју напуштена домаћа животиња причини, а у циљу самањења броја одштетних захтева који су често неосновани, има места за примену субјективне одговорности јединице локалне самоуправе и јавно-комуналног предузећа које обавља делатност заоохијене.

novi „biznis“. Преузето 14. августа 2018. године. <http://rs.n1info.com/a405831/Vesti/Sve-vise-ujeda-pasa-lutalica-slucajnost-ili-novi-biznis.html>.

103 Према Закону о добробити животиња Републике Србије, напуштање животиње сматра се прекршајем за који је забрањена новчана казна за физичко лице у распону од 5.000 до 50.000 динара. Видети: чл. 85, ст. 1, у вези са чл. 7, ст. 1, тач. 2 овог законског текста.

Литература/References

- Andrejević, M. (1969). *Odgovornost za štetu koju pričini životinja*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Антић, О. (2008). *Облигационо право*. Београд: Службени гласник.
- Babić, I. (2009). *Obligaciono pravo*. Beograd, Sremska Kamenica: Fakultet za evropske pravno-političke studije.
- Bukovac Puvača, M. (2009). „Sive zone“ izvanugovorne odgovornosti – područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. (1991)v. 30. Br. 1. 221–243.
- Vedriš, M., Klarić, P. (1983). *Osnove imovinskog prava*. Zagreb: Narodne novine.
- Vukmirović, N. (2013). Uhvati – steriliši – vrati, zadrži ili udomi. Преузето 12. фебруара 2018. године.<http://link.plus.org.rs>.
- Ђорђевић, Ж. (1960). Одговорност за штету коју причини домаћа животиња. *Анали Правног факултета у Београду*. Бр. 3. 368–378.
- Ђурђевић, N. (2008). Odgovornost za štetu koju je izazvala životinja; u Vukadinović, R. (ur.). *Zbornik radova „Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda*. Kragujevac: Pravni fakultet. 377–402.
- Julesz, M. (2016). *La responsabilité civile pour faits d'animaux en Europe aujourd'hui et hier*. Преузето 12. априла 2018. године. <http://www.jesz.ajk.elte.hu/julesz16.html>.
- Karanikić-Mirić, M. (2008). O odnosu subjektivne i objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu. *Pravni život. Tematski broj "Pravo i međunarodne integracije"*. Tom III. Br. 11. Beograd: Udruženje pravnika Srbije. 623–638.
- Konstantinović, M. (1969). *Obligacije i ugovori. Skica za Zakonik o obligacijama i u ugovorima*. Beograd: Savremena administracija.
- Kostić, D. (1975). *Pojam opasne stvari*. Beograd: Savremena administracija.
- Koch, B., A., Bernhard, A., Koziol, H. (2002). Austria; u Koch, B. A., Koziol, H. (eds). *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International.
- Landmann, V. (1975). *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht (dissertation)*. Zürich.
- Larenz, K. (1981). *Lehbruch des Schuldrechts, Band II: Besonderer Teil*. München: Beck
- Lucas, M. (1909). *De la responsabilité des dommages causés par les animaux*. Angers.

Miklosi, A. (2009). *Dog, behavior, evalution, and cognition*. Oxford: University Press.

Недељковић, В. (1959). О накнади штете коју почини животиња. *Правни живот*. Бр. 1–2. Београд. 44–50.

Никетић, Г. (1922). *Грађански законик Краљевине Србије, протумачен одлукама одељена и Опште седнице Касационог суда* (редакција). Београд: Издавач Геца Кон.

Radišić, J. (1988). *Obligaciono pravo. Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija.

Radovanov, A, Petrović, Z. (2009). *Naknada štete*. Zbornik sudske prakse. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija.

Salma, J. (2007). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet.

Stanišić, S. (2014). Pravna priroda грађанске одговорности за штету од животиња. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*. Br. 4. Banja Luka. 83–94.

Stauffacher, J. (2012). *Responsabilité Civile*. Преузето 22. фебруара 2018. године. <http://www.lawscape.ch/doc/rs/Responsabilite%20civile.docx>.

Стојановић, Н. (2017). *Право животиња*. Ниш: Правни факултет.

Terzin, V., Penezić, J. (2013). Uperedna analiza одштетних захтева и уједа паса. *Zbornik radova i kratkih sadržaja Savetovanja veterinarara Srbije*. Zlatibor: Srpsko veterinarsko društvo. 21–23.

Fromageot, N. (1891). *De la faute comme source de la responsabilité droit privé*. Paris.

Šeparović, V. (1987). Odgovornost за штету од опасне ствари или опасне делатности. *Naša zakonitost*. Br. 9–10. 995–1008.

Widmer, P., Wessner, P. (2000). *Revision et unification du droit de la Responsabilité Civile: Rapprt explicatif*. Bern. Преузето 2. марта 2018. године. <http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/.../vn-ber-f.pdf>.

Правни извори

Грађански законик Републике Аустрије (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, из 1811. године, *JGS* Nr. 946/1811, закључно са изменама и допунама, од 14. августа 2018. године, *BGB1. I* Nr. 58/2018). Преузето 16. августа 2018. године. [http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_\(AGBG\).html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_(AGBG).html).

Грађански законик Републике Немачке (Bürgerliches Gesetzbuch, из 1896. године, *RGB1 I S.* 195, закључно са изменама и допунама, од 12. јула 2018. године, *BGB1. I S.* 1151). Преузето 15. јула 2018. године <http://www.dejure.org/gesetze/BGB/html>.

Грађански законик Републике Француске (*Code civil*, из 1804. године, version en vigueur au 8 août 2018). Преузето 8. августа 2018. године. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Грађански законик Швајцарске Конфедерације (220 – *Loi fédérale compétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des obligations*) из 1911. године, RO 27 321, закључно са изменама и допунама од 30. септембра 2016. године, RO 2017 2077. Преузето 20. априла 2018. године. <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c220.html>.

Закон о ветеринарству Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 91/2005, 30/2010 и 93/2012.

Закон о добробити животиња Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 41/2009.

Закон о заштити животиња Републике Аустрије (*Tierschutzgesetz*, из 2004. године, BGBl. I, Nr. 118/2004, закључно са изменама и допунама, од 14. јуна 2018. године, BGBl. I Nr. 37/2018). Преузето 30. августа 2018. године. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassungundesnormer&Gesetzesummer=20003541>.

Закон о заштити животиња Републике Немачке (*Tierschutzgesetz*, из 1972. године, у верзији објављеној 2006. године, BGBl. I S. 1206, 1313, закључно са изменама и допунама, од 29. марта 2017. године, BGBl. I S. 626). Преузето 5. априла 2018. године. <http://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html>.

Закон о заштити животиња Републике Словеније (*Zakon o zaščiti živali*). *Uradni list RS*. Št. 98/1999, 126/2003, 61/2006, 14/2007 и 23/2013.

Закон о обвезним односима Републике Хрватске. *Narodne novine*. Бр. 35/05, 41/08, 125/11 – Закон о роковима испуњења новчаних обвеза, 78/15 и 29/18.

Законик о облигацијама Републике Словеније (*Obligacijski zakonik*). *Uradni list RS*. Št. 97/2007 – uradno prečišćeno besedilo, 64/2016 – odl. US in 20/2018 – OROZ631.

Закон о облигационим односима Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*. Бр. 31/1993; *Службени лист СЦГ*. Бр. 1/2003.

Правилник о начину држања паса који могу представљати опасност за околину. *Службени гласник РС*. Бр. 65/2010.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*.

Principles, Definitions and Model rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR). Преузето 2. априла 2018. године. <http://sakig.pl/uploads/upfiles/moot/dcfr.pdf>.

Principles of European Tort Law. Преузето 2. априла 2018. године. <http://civil.udg.edu/php/biblteca/items/283/PETL.pdf>.

Одабрани случајеви из судске праксе

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 1900/2014, од 22. маја 2014. године *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе.

Одлука Вишег суда у Ваљеву, Гж. 1213/2012, од 22. новембра 2012. године, *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе.

Одлука Вишег суда у Пожаревцу, Гж. 1561/2015(2014), од 9. децембра 2015. године, *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе.

Одлука Врховног суда Народне Републике Србије, Гж.1148/58, од 16. јуна 1961. Наведено према: Kostić, 1975: 103.

Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев. 2655/97, од 9. септембра 1997. Наведено према: Babić, 2009: 224, нап. бр. 379.

Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев. 7043/98, од 16. септембра 1999. године. Наведено према: Radovanov, Petrović, 2009: 48–49.

Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев. 2945/99, од 5. августа 1999. године. Наведено према: Radovanov, Petrović, 2009: 47.

Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев. 2984/01, од 3. децембра 1991. Babić, 2009: 224, нап. бр. 379.

Одлука Врховног суда Републике Србије, Рев. 3454/2004, од 22. фебруара 2005. године, *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе.

Одлука Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 849/83, од 3. новембра 1983. године. Наведено према: Šeragović, 1987: 1002.

Одлука Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 2053/85, од 30. јануара 1986. године. *Pregled sudske prakse. Prilog Naše zakonitosti*, бр. 30/1986. стр. 59

Одлука Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 859/1994-2, од 10. јануара 1996. године. Преузето 8. јуна 2018. године. <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

Одлука Врховног суда САПВ, бр. Рев. 3391/62, од 28. децембра 1962, Збирка судских одлука, књига VII/3/1962, . 109.

Одлуку Жупанијског суда у Бјеловару, Гж-359/2009-2, од 17. септембра 2009. године. Преузето 2. јула 2018. године. <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?13166>.

Одлука Окружног суда у Ваљеву, Гж. 170/2006, од 27. јануара 2006. године, *ParagrafLex*-ова база прописа и судске праксе.

Одлука Окружног суда у Загребу, Гж. 1477/84, од 5. јуна 1984. године, *Pregled sudske prakse. Prilog Naše zakonitosti*, бр. 25/1985, ст. 75.

Одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 3202/97, од 26. фебруара 1998. године. Наведено према: Radovanov, Petrović, 2009: 48–49.

Одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 3545/2005, од 17. новембра 2005. године, *ParagrafLex-ова база прописа и судске праксе*.

Одлука Савезног врховног суда Швајцарске, BGE 102 II 232. Преузето 20. априла 2018. године. <http://tech4transparency.com/entscheide/bund/bge/dateien/102-II-232.html>.

Одлука Савезног врховног суда Швајцарске BGE 104 II 23. Преузето 18. априла 2018. године. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2104023.html>.

Одлука Савезног врховног суда Швајцарске, BGE 110 II 136. Преузето 20. априла 2018. године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F110-II-136%3Afr&lang=fr&type=show_document.

Одлука Савезног врховног суда Швајцарске, : BGE 123 III 110ff. Преузето 20. априла 2018. године. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F123-III-110%3Ade&lang=de&type=show_document.

Cour d'appel de Versailles (N° de RG: 1996-048), 13 février 1998. Преузето 10. априла 2018. године. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Cour d'appel de Dijon, 16 février 1989. Преузето 10. априла 2018. године. <http://responsabilite-civile-chien.com/transfert-de-garde-chien/>

Cour d'appel de Nancy – Chambre civile 1 – 6/9/2004. Преузето 20. априла 2018. године. <http://chevaletdroit.com/category/24-responsabilite-civile-du-proprieetaire-ou-garden/2>.

Cour d'appel de Paris, 13 décembre 1989. Преузето 10. априла 2018. године. <http://responsabilite-civile-chien.com/transfert-de-garde-chien/>

Cour d'appel de Caen, 30 juillet 1996. Преузето 10. априла 2018. године. <http://responsabilite-civile-chien.com/transfert-de-garde-chien/>

Cour de cassation, 1 octobre 1997 (N° de pourvoi: 95-83471). Преузето 20. априла 2018. године. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Cour de cassation, 27 mars 2014 (N° de pourvoi: 13-15528). Преузето 20. априла 2018. године. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Nataša Stojanović, LL.D

Full Professor Faculty of Law,
University of Niš

LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY ANIMALS

Summary

Animals, like people, can cause damages. Who shall be held liable for it, on which basis, and who shall be obliged to compensate for it? The domestic Law on Contracts and Torts does not provide a decisive answer to the questions posed, and the multiannual judicial practice has treated animals as dangerous things for whose behaviour, as a rule, the owner, i.e. the holder, has been held liable according to the principle of objective liability. The Serbian Draft Civil Code, in principle, confirms the domestic jurisprudence practice. Taking as a starting point the amendments of French, Austrian, German and Swiss Civil Codes that qualitatively differently regulate the status of animals since animals are not any longer observed as things, but as sensitive beings, so the regulations referring to such property apply to them, unless they are not excluded with the regulations regulating their welfare. In the paper, we shed the light on liability for damage caused by animals exactly through the prism of the new approach in legal treatment of animals

Keywords: *animals, legal status of animals, liability for damages, compensation for damages.*

Др Срђан Радловић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881349R

UDK: 347.516(497.11)
Раd примљен: 21.09.2018.
Раd прихваћен: 24.11.2018.

(НЕ)ПОТРЕБНО УВОЂЕЊЕ BREED-SPECIFIC РЕГУЛАТИВЕ**

Апстракт: *Случајеви штете која настаје као резултат деловања животиње, следствено томе и бројна питања у вези с одговорношћу за том приликом проузроковану штету, не престају да окупирају и интригирају правну мисао вековима. Ова питања, али и понуђени одговори, особито су интересатни када се поставе и анализирају у контексту деловања човековог најбољег пријатеља – пса.*

*Међу све интензивнијим активностима које се предузимају у циљу, пре свега, превенције настанка штете деловањем паса, иако би едукативне требало да имају предност, пажњу привлаче легислативне активности. У првом реду, треба се осврнути на оне активности државних органа које подразумевају имплементирање тзв. *breed-specific* и *dog-specific* регулативе. Обе врсте прописа део су, не само упоредног, већ и нашег позитивног права. Стога, у овом раду биће презентована нека размишљања о првопоменутој групи правила, а која су формирана на основу претходно урађеног самосталног теоријско-емпијског истраживања.*

Кључне речи: *breed-specific регулатива, dog-specific регулатива, проузроковање штете, објективна одговорност, превенција настанка штете.*

* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Антропоцентрично оријентисана концепција света која, поред осталог, промовише идеју о човековом неограниченом праву коришћења свих природних добара данас је, ако не напуштена, онда макар озбиљно доведена у питање (Kaludegović, 2009: 313). Исто важи и за и из ње изведену консеквенцијалистичку релацију човека према природи, нарочито у најрадикалнијој варијанти тог учења (Kaludegović, 2009: 313). Последњих деценија, антропоцентрична концепција устукнула је и омогућила неантропоцентрично (про)ширење савремене етике (Kaludegović, 2009: 313). Прецизније, место суверено владајуће парадигме у односу према природи у безмало свим истраживањима која се раде у оквиру друштвених наука постепено су преузеле, најпре екоцентрична, а затим и биоцентрична концепција у безбројним варијацијама које се крећу од умереног до радикалног биоцентризма.

Последице промена у односу човека према природи дају се, можда и најлакше, уочити у оквиру правне науке из разлога што се кроз правне прописе најбоље може остварити идеја, како каузалне, тако и медијалне заштите природе. Иако се поменути утицај може пратити кроз све гране права, пажњу је, ипак, најзгодније усмерити на оне гране права које су и најнепосредније упућене на заштиту општих или индивидуалних вредности (Радуловић, 2017: 121).

Тако, примера ради, у оквиру посебног дела кривичног права, с ослонцем на важећи Закон о заштити животне средине¹, мада не у потпуности с његовим одређењем објекта заштите, уведена је категорија кривичних дела која су учињена против животне средине². С друге стране, у оквиру грађанског права све више пажње привлачи особит случај одговорности за штету која је причињена животној средини, а која се може надокнадити, супротно устаљеним принципима одштетног права, чак и у одсуству приватноправног захтева (Цветић, 2014: 293–294). У оквиру грађанског права, такође, изнова добија на актуелности и дискусија о томе да ли би животињама требало признати статус субјекта у праву. Ова дискусија је у нашем праву постала нарочито интересантна након доношења Закона о добробити животиња³ као акта којим се, по неким мишљењима, успоставља

1 Закон о заштити животне средине, *Сл. гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009, 72/2009, 43/2011, одлука УС и 14/2016.

2 Чл. 260–277, Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

3 Закон о добробити животиња, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009.

рудиментарни правни субјективитет животиња (Ristivojević, Bugarski, 2014: 3).

У контексту последњег, нама не делује да поменути Закон о добробити животиња успева да промени статус животиња из објекта права у правног субјекта. Таква интерпретација била би неисправна нарочито с телеолошког аспекта. И уопште, по нама, идеја о животињама као субјектима у нашем праву није одржива.

Наиме, уз све уважавање сасвим исправног резонувања оних аутора који наводе разлоге у корист идеје о животињама као субјектима права (Bentham, 1823: 144; Kaufman, 1998: 236), два су разлога због којих се ми са том идејом не слажемо. Најпре, појам правни субјективитет подразумева апстрактну могућност да се буде имаалац права, али и обавеза. Будући да нама не полази за руком да, чак ни теоретски, скуп субјективних права замислимо без икаквих пратећих обавеза, оправдано се поставља питање како ће животиње јемчити за извршење својих обавеза.

Наравно, може се приговорити, донекле и сасвим оправдано, како је овакав став управо антропоцентрично оријентисан (Kaludžerović, 2009: 315), те да је ауторова машта тек субјективни ограничавајући фактор. Стога, без уласка у сложену аргументацију због које нисмо мишљења да је такав став антропоцентричан нити ограничен, понудићемо и други аргумент. Ми искрено верујемо у то да је од формалноправног признавања субјективитета животињама далеко битније како су уређене обавезе човека према животињи (Kaufman, 1998: 237), а нарочито како су постављене обавезе оних који су на себе преузели старање о животињи. Управо такав један скуп норми у фокусу је нашег рада. Тај скуп норми означили смо као *breed-specific* регулативу.

2. *Breed-specific* регулатива – појам и принцип функционисања

Као последицу свакодневне присутности животиња у људској средини и упућености човека на њих још од најранијих времена, имамо значајан број штета коју животиње узрокују (Stanišić, 2014: 83). То се можда и најбоље види на примеру човековог „најбољег пријатеља“ – пса. Наиме, напади – најчешће, мада не и искључиво, у виду уједа паса – како власничких, тако и паса луталица, саставни су део наше свакодневице. Заправо, напади паса, део су свакодневице чак и најразвијенијих држава данашњице, иако многе од њих, у правом смислу те речи, не штеде ресурсе ради решавања овог проблема. Уколико имамо у виду штете које том приликом настају, пре свега њихову бројност, обим, али и чињеницу да је исход напада, чини

се све чешће, фаталан, не може бити спорно да су напади паса уједно и озбиљан правни проблем.

С констатацијом о озбиљности овог правног проблема, сигурни смо, сви се можемо сложити. Сигурни смо, даље, да се можемо сложити и око тога да потрага за решењем мора бити оријентисана ка превентивном, а не репресивном деловању. Најзад, верујемо да је консензус могуће постићи и око следећег – решење, када се до њега једном дође, мора бити ослоњено на сазнања науке и дубоко укоренењу идеју о добробити животиња. И, заиста, проблему са тако израженом моралном, етичком, усуђујемо се да кажемо, мада не сасвим прецизно, чак и хуманом димензијом, није ни могуће прићи на други начин.

Може, међутим, бити интересанто да се у нашој земљи – ситуација није значајно боља ни упоредноправно посматрано – занемарују претходно побројани моменти. Наиме, мере за којима се посеже, иако начелно теже превенцији, управљене су, то је нашутисак, претежно на смиривање револта јавности који је претежно формиран на основу сензационалистичких, често недовољно поткрепљених извештаја у медијима. То значи да је концепт решавања проблема несистематичан, да није у корелацији са најновијим научним сазнањима о понашању паса, што даље значи само једно – такав покушај остваривања генералне и/или специјалне превенције унапред је осуђен на неуспех.

Међу, назовимо их тако, инстант решењима којима се у последње време прибегава, „популарношћу“ се издваја увођење такозване *breed-specific* регулативе. Овај облик превенције настанка штете деловањем животиња, конкретно паса, продукт је нешто новијег доба (Delise, 2007: XI; Schiavone, 2015: 15–36). Но, иако релативно нова појава, она се тешко може означити било каквим кораком напред и стварним доприносом прогресу одштетног права. Будући да је *breed-specific* регулатива део и нашег позитивног права, указаћемо на моменте због којих ову групу прописа сматрамо за, ако не непожељну, онда у најмању руку сувишну појаву у нашем правном поретку.

Ипак, пре презентације наших размишљања о овој проблематици, будући да терминологија коју ми у раду употребљавамо – мислимо на израз *breed-specific* регулатива – није одомаћена у нашој правној теорији, осећамо потребу да исту прецизирамо. Наиме, *breed-specific* регулатива је сваки нормативни акт који квалификује пса као опасног, забрањује његово држање и узгајање или исте ограничава само на основу припадности одређеној раси, а не на основу карактера и понашања конкретног пса (Abrodo, 2010: 49), нити на основу појединачних инцидентних ситуација у

којима се конкретан пас нашао⁴. Широко је дијапазон забрана, ограничења и санкција које су нормиране кроз *breed-specific* регулативу. Оне се крећу од система такси, преко претходног лиценцирања власника и наметања обавезног повоца и/или брњице у јавности за животињу, до потпуне забране одређених врста паса с правом заплене пса, па чак и лишавања живота припадника одређене расе, опет само због припадности тој раси (Abrodo, 2010: 49).

3. *Breed-specific* регулатива као део нашег позитивног права

Постојање норми које промовишу другачији статус паса искључиво због припадности одређеној раси чини да веза човек-пас, иначе најкомплекснија и најдубља веза између различитих врста икада остварена, буде сведена на једначину: раса пса = одређени степен опасности (Delise, 2007: 171). Будући да је и лаичком поимању ствари сасвим очигледно да комбинација наследних фактора није једина детерминанта понашања ниједног живог бића на планети, па ни пса, понадаћемо се, да је *breed-specific* регулатива куриозитет појединих упоредноправних решења. Нажалост, ова врста норми, кроз активности ранијег Министарства за пољопривреду, шумарство и водопривреду, имплементирана је и у наше право кроз Правилник о начину држања паса који могу представљати опасност по околину⁵. Поменути правилник донет је 06. 09. 2010. године, а ступио је на снагу осам дана касније.

Одредбама Правилника о опасним псима предвиђено је, најпре, да се опасним псом сматра свака јединка те врсте која је расе пит бул теријер или мешанац те расе, која не потиче из контролисаног узгоја⁶. Затим, опасним псима сматрају се јединке расе бул теријер, стафорд теријер, амерички стафорд теријер и мини бул теријер, као и мешанци тих раса⁷. Правилник, то је битно напоменути, предвиђа као изузетак од ових одредби ситуацију у којој се јединке ових врста користе као службени пси⁸.

4 У том смислу врло је битно разликовати БС регулативу од „Dangerous dog“ регулативе, јер прва намеће одређена ограничења за све јединке које припадају одређеној раси паса само због припадности тој раси, док друга оглашава за потенцијално опасне, опасне или насилне псе оне конкретне јединке према њиховом учешћу у конкретним нападима (Bredley, 2014: 14; Радуловић, 2017: 122–124).

5 Правилник о начину држања паса који могу представљати опасност по околину (у даљем тексту Правилник о опасним псима), *Сл. гласник РС*, бр. 65/2010.

6 Чл. 2, ст. 1, т. 5 Правилника о опасним псима.

7 Чл. 2, ст. 1, т. 6 Правилника о опасним псима.

8 Чл. 2, ст. 1 Правилника о опасним псима.

Међу љубитељима паса, начелно, влада погрешно мишљење да је удомљавање, узгој, куповина и држање јединки ових врста забрањено. Недоумица коју с тим у вези морамо да разрешимо одмах је да, иако Правилник о опасним псима представља случај *breed-specific* регулативе, он не спада у ред најстрожих прописа те врсте. Он, наиме, не забрањује ове врсте ни на који начин. Није забрањена куповина нити удомљавање. Није забрањен узгој, нити је забрањено држање јединки ових раса паса. Нарочито је битно нагласити да се овим Правилником нипошто не даје „зелено светло“ за лишавање живота јединки само због припадности одређеној раси, изузев уколико је реч о јединкама које након провере социјализације нису постигле задовољавајућу оцену, то јест ако након спроведене обуке и даље престављају опасност по друге људе и животиње⁹. Свакако, то је могуће учинити – иако лишавање живота јединке и њена добробит тешко да се могу означити комплементарним појмовима – искључиво у складу с прописима којима је установљена добробит животиња као врхунски принцип¹⁰.

Који су онда моменти у Правилнику о опасним псима пресудни за његово сврставање у *breed-specific* регулативу? Већ смо поменули како *breed-specific* регулативу чине и прописи који не забрањују одређене расе паса, али који предвиђају одређена ограничења у погледу набавке, држања и/или узгоја јединки тих раса, а све у циљу превенирања настанка штете. Тако и Правилник о опасним псима предвиђа, у првом реду, да опасне псе могу изводити само пунолетна лица и то искључиво уз брњицу и на повоцу¹¹. Да власник опасног пса не сме уступити пса другом лицу на чување и привремени смештај, осим уколико је то ради лечења пса неопходно¹². Опасан пас мора да буде обезбеђен у простору са кључем из којег пас не може да побегне и који је обележен видљивим натписом „ОПАСАН ПАС“¹³. Затим, власник пса, заједно са псом, мора да прође обуку уз обавезну проверу степена социјализације пса¹⁴. Најзад, држање опасног пса није дозвољено лицима млађим од 18 година, нити пунолетним лицима која су претходно кажњавана или се против њих води поступак због казњених дела против живота и тела, јавног реда и мира, као и казњених дела злоупотребе опојних средстава, убијања и злостављања животиња, то јест других дела против добробити животиња¹⁵.

9 Чл. 8, ст. 3 Правилника о опасним псима.

10 Чл. 15, 16 и 17 Закона о добробити животиња.

11 Чл. 5 Правилника о опасним псима.

12 Чл. 6 Правилника о опасним псима.

13 Чл. 7 Правилника о опасним псима.

14 Чл. 8 Правилника о опасним псима.

15 Чл. 11 Правилника о опасним псима.

4. О потреби увођења *breed-specific* регулативе

У уводном делу рада поменули смо како искрено верујемо у то да је од формалног признања субјективитета животињама, ако посматрамо проблем из перспективе остваривања идеје о њиховој добробити, далеко битније правилно поставити сет обавеза друштва према животињама, пре свега лица која су преузела бригу о одређеним јединкама према тим јединкама. Покушаји да се овај сет обавеза уобличи и нормира су бројни, а ваља рећи да је огроман део њих био и успешан (Stanišić, 2014: 83), те да је у огромној мери допринео превенцији настанка штете као врховном идеалу одштетног права¹⁶.

Међутим, иако је сасвим јасно да није могуће изградити савршен систем правних регула којима би на најбољи начин били регулисани сви многобројни случајеви настанка штете деловањем животиње (Stanišić, 2014: 83), па чак ни само конкретне врсте, немогуће је не осврнути се критички на Правилник о опасним псима из више разлога од којих ће тек неки – теоријскоправни конкретно – бити презентовани у овом раду. И заиста, за поменути Правилник о опасним псима никако се не би могло рећи да представља један од успешних покушаја уобличења сета обавеза човека према животињи – у нашем случају псу – нити имаоца животиње према друштву, а разлог је лако уочљив.

Наиме, норме Правилника о опасним псима привукле су пажњу јавности непосредно након ступања на снагу. Поступак доношења и поједина контроверзна решења изнедрила су и захтев за оцену законитости овог акта. Конкретно, предмет оцене у овом случају била је законитост овлашћења за доношење овог акта, као и законитост једног од чланова овог акта – члана 8, у делу који се односи на могућност лишења живота животиње која, након провере степена социјализације, није постигла одговарајући резултат и која самим тим представља опасност за људе и друге животиње.

16 Одличан пример у том смислу је строга регулатива која се односи на путовање са псима као љубимцима. Највећи број земаља инсистира на томе да се, по уласку пса у земљу, нарочито уколико је претходно боравио на некој „егзотичној дестинацији“, приложи одговарајућа документација са доказима о чиповању и спроведеној вакцинацији, затим да пас проведе тачно одређено време у карантину, да се на њему обаве ветеринарске претраге и слично. На овај се начин елиминише читав низ опасности по самог пса који имигрира, али и по псе, па чак и друге животиње и људе који се налазе на територији земље која је у питању (Радуловић, 2017: 121–122).

Уставни суд разрешио је недоумице које су у вези Правилника о опасним псима постојале. Својим решењем¹⁷ Уставни суд Србије констатовао је, то јест потврдио, најпре законитост овлашћења министра за доношење овог акта, а затим и законитост решења презентованог у члану 8 Правилника о опасним псима, дакле, одлуком Уставног суда наставио је свој „правни живот“ као део нашег позитивноправног поретка до дана предаје овог рада. Ипак, иако је место овог правног акта у нашем правном поретку чак двоструко потврђено поменутом одлуком и иако се с понуђеним образложењем чак можемо и сложити, нама се и даље не чини да је потреба за постојањем оваквог прописа дефинитивно потврђена. На шта тачно мислимо?

Наиме, ми стојимо на становишту да потребу за постојањем овог акта није неопходно испитивати са становишта законитости која, узгред, по нама није ни упитна. Корисност овог акта и његову улогу, будући да је примарни циљ овог акта превенција настанка штете, треба испитивати са становишта одштетног права и правнополитичке логике својствене управо овој грани права. Ипак, потребу да се Правилник о опасним псима „пропусти кроз сито“ одштетног права можемо додатно аргументовати.

Противправним понашањем у грађанском праву сматра се свако понашање које је супротно било којој правној или неправној норми усмереној на превенцију настанка штете. Норме Правилника о опасним псима, верујемо да то не би смело да буде спорно, за један од циљева имају и спречавање настанка штете деловањем паса. Произлази даље, понашање супротно одредбама Правилника услед којег се као последица јави штета, противправно је са становишта одштетног права. Дакле, произлази да норме Правилника о опасним псима представљају део сложеног система одштетног права.

У савременом одштетном праву кривица је успела да задржи статус примарног основа одговорности. Ипак, временом, као последица свеопштег развоја науке, технике, али и следственог интензивирања производње која се ослања на ствари и поступке од којих прети неуобичајено велика опасност настанка штете, важећи систем грађанскоправне одговорности морао је бити унеколико ревидиран. Сложен процес ишао је у правцу постепеног потискивања кривице као основа одговорности, те њене објективизације. Прецизније, историјскиправно посматрано, кривица је најпре стављена у објективне оквире стандардизованог понашања, затим је на велика врата ступила претпоставка кривице као најзначајнији корак

17 Решење Уставног суда Србије, У бр. 1449/10 од 30. 05. 2013 Retrieved 15. January 2018, from <https://propisi.net/>.

ка увођењу онога што данас посматрамо као објективну одговорност, то јест одговорност независну од кривице.

Наше позитивно законодавство у потпуности је испратило постојећу тенденцију поштравања грађанске одговорности, па је тако у позитивноправна решења имплементирана и идеја о одговорности која не зависи од кривице. Потоњи принцип – принцип објективне одговорности, формулисан је у облику одговорности за штету која настаје употребом опасне ствари или вршењем опасне делатности¹⁸.

Увођењем поменутих одредби у наше позитивно право, прихваћена је такозвана теорија ризика која је профилисана на преласку из деветнаестог у двадесети век (Andrejević, 1964: 85). За разлику од теорије кривице према којој се за штету одговарало искључиво уколико се деловање животиње могло имаоцу приписати у кривицу, теорији ризика омогућава заснивање одговорности за насталу штету чак и када нема кривице код лица које је вршило надзор над животињом, само због тога што је држањем животиње створен повећани ризик настанка штете који је конкретном приликом и био реализован. На тај начин могућност успешног истицања захтева за надокнаду штете је повећана, односно смањена је могућност да се терет штете свали на самог оштећеног. Прецизније – то се радо истиче у свим излагањима о објективној одговорности – оно што је раније био изузетак – грађанска одговорност, сада је постала правило, док је неодговорност тек ретки изузетак чије установљење захтева доказивање постојања неке од околности која искључује објективну одговорност (Andrejević, 1964: 85).

Тако, постепено, долазимо до везе између Правилника о опасним псима и одштетног права. Наиме, појам опасне ствари, који је у фокусу нашег рада, иако је било и места и потребе да се крене другим путем, у нашем позитивном праву није одређен. Важећим прописима – иако се законодавац одлучио за увођење правног стандарда уместо алтернативе у облику система *numerus clausus* – није понуђена чак ни општа дефиниција појма опасне ствари. У недостатку дефиниције или листе опасних ствари, бланкетну норму која се односи на опасне ствари у сваком конкретном случају попуњаваће суд, свакако уз ослонац на сазнања правне теорије.

Резултат синтезе правнотеоријских промишљања и праксе домаћих судова води ка закључку да није свака ствар опасна. Иако су све ствари на неки начин опасне, у смислу да постоји, макар и апстрактна могућност настанка штете, у смислу грађанскоправних прописа опасним сматрају се

18 Чл. 173–179, Закон о облигационим односима – 300 РС, *Службени 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, одсек В.

само оне ствари од којих прети повећана опасност настанка штете. Нешто прецизније, под појам опасне ствари подводе се све оне ствари које због свог положаја, својстава, особеног начина употребе, непредвидиве природе или, нешто ређе, због самог постојања, стварају неуобичајено велики ризик настанка штете на правнозаштићеним добрима.

Надовежимо се на претходну констатацију. Барем за сада, готово недвосмислено је заузет став да у ред опасних ствари спадају све живе животиње без изузетка¹⁹, дакле и пси. И заиста, животиња као ствар има могућност самосталног кретања и реаговања која нису увек и безусловно у контроли имаоца (Andrejević, 1964: 86). Произлази даље да је понашање животиње, математичким жаргоном речено, непозната која се не може у свакој прилици упознати, спречити или предвидети (Andrejević, 1964: 86). Ако томе додамо и да је у нашој правној теорији поодавно профилисано становиште да никакав посебан (грађанско)правни значај нема разматрање да ли је животиња у питању по својој природи склонија да чини штету, то јест да ли је она *in abstracto* или *in concreto* афирмисана као штеточина (Andrejević, 1964: 86), није тешко назрети на чему темељимо став о томе да је Правилник о опасним псима непотребан у нашем праву.

Наиме, уколико су живе животиње, без изузетка, оглашене опасним стварима, то даље значи да је *сваки пас, без обзира којој раси конкретна јединка припада* [нагласио аутор], заправо, опасна ствар. Следи даље, ако доведемо у везу релације „животиња = опасна ствар“ и „пас = животиња“, произлази да је тачна тврдња „пас = опасна ствар“ (Радуловић, 2017: 126). Пас је, дакле, увек опасна ствар, што, даље, имплицира јасно да је синтагма „опасан пас“, најблаже речено, својеврсни правни плеоназам (Радуловић, 2017: 126).

Пас је свакако опасна ствар. С тим у вези, осим уколико нарочите околности не оправдавају другачији третман у конкретној ситуацији²⁰, о томе нема недоумица нити у правној теорији нити у судској пракси²¹. Нема ни сврхе ни потребе – говоримо искључиво са становишта грађанског права – уз именицу пас додавати одредницу опасан. Ово из разлога што одредница „опасан“ која прати припадност јединке одређеној раси паса не мења баш

19 Постоји могућност и значајно другачијег тумачења које се ослања на примену предатног права, конкретно Српског грађанског законика из 1844. (Марјански, Поткоњак, 2015: 1198–1999).

20 Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж бр. 170/06 од 27. 01. 2006 Retrieved 21. May 2018, from <https://propisi.net/>.

21 Пресуда Окружног суда у Новом Саду, Гж бр. 3545/05 од 17. 11. 2005; Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж бр. 17/05 од 14. 01. 2005 Retrieved 14. January 2018, from <https://propisi.net/>.

ништа у погледу одговорности за штету власника, то јест имаоца тог пса уколико је пас својим деловањем штету проузроковао.

Прецизније, то што је одређена јединка пса означена као опасна према Правилнику о опасним псима због припадности одређеној раси не значи да ће ималац те конкретне јединке, уколико она својим деловањем проузрокује штету, одговарати по некаквим посебним правилима. Ималац, мада у судској пракси се (потенцијално правилније) говори о лицима која су била дужна да пса надгледају²², неће одговарати по било каквим посебним правилима чак ни онда када строги захтеви Правилника о опасним псима нису испоштовани. Он ће, као и ималац било које друге јединке пса која штету проузрокује, за насталу штету одговарати према општим правилима о објективној одговорности, то јест због реализације ризика који је држањем животиње створен. Са или без означавања јединке за опасну због припадности одређеној раси, за штету коју та јединка проузрокује ималац неће одговарати једино уколико постоји неки од момената који према слову Закона о облигационим односима искључује објективну одговорност²³.

Ситуација није другачија ни из перспективе оштећеног. Његов положај се не мења због тога што му је штету нанео пас који је Правилником о опасним псима оглашен за опасан. Напротив, његов положај је исти као и оштећеног коме је штету проузроковао пас који се сходно одредбама Правилника не би сматрао опасним. Наиме, ради успешног истицања одштетног захтева, у парничном поступку оштећени треба да докаже једино да је штета настала у вези са деловањем конкретног пса, будући да се постојање узрочне везе у овом случају – као и у осталим случајевима проузроковања штете у којима је опасна ствар учествовала – презумпирала²⁴. Уколико са доказом успе и суд нађе истакнути захтев за основан, оштећени ће, у складу с принципом потпуне надокнаде, бити доведен у материјалну ситуацију у којој би био да штетне радње или пропуштања није било, односно њему ће бити надокнађена и стварна штета и измакла добит²⁵.

Правила која ће се примењивати у оба случаја – и када је штету нанео пас који је означен као опасан и када је штету нанео пас који као такав није означен Правилником о опасним псима – су идентична и из перспективе оштећеног и имаоца пса који је својим деловањем нанео штету. Дакле,

22 Пресуда Округног суда у Београду, Гж бр. 1027/04 од 29. 04. 2004 Retrieved 15. January 2018, from <https://propisi.net/>.

23 Чл. 177 Закона о облигационим односима.

24 Чл. 173 Закона о облигационим односима.

25 Чл. 190, у вези са чл. 189, ст. 1 Закона о облигационим односима.

синтагма опасан пас, уколико прихватимо превентивну улогу Правилника о опасним псима, нема никакву правну тежину са становишта грађанског права. Она, у том смислу, заиста, представља правни плеоназам. Истини за вољу, решења Правилника имају тежину са становишта прекршајног и кривичног права, али се, и поред тога, морала конструисати другачија терминологија како се са становишта одштетног права не би стварала непотребна конфузија. Такође, опет истини за вољу, решења Правилника о опасним псима представљају занимљиво опредељење *de lege ferenda*. Ово из разлога што оно можда потврђује уочену тенденцију поштравања објективне одговорности у виду њеног степеновања или објективизације (Радуловић, 2018: 409–422). Ипак, за сада, дакле *de lege lata*, категорија опасан пас је потпуно непотребна.

5. Уместо закључка

Увођење регулативе која непосредно промовише другачији правни статус јединке која припада тачно одређеној раси паса, а посредно и лица које је преузело на себе старање о тој јединки, нажалост, у нашој правној јавности прошло је готово незапажено. С друге стране, регуле ове врсте, нарочито из перспективе грађанског права у којем је кроз њих отворено много суштинских питања, спадају у ред особито интересантних. Управо зато, уз неопходну дозу истраживачке скромности, рад и истраживање које му је претходило конципирали смо тако да кроз презентацију ставова аутора иницирају расправу поводом ове групе норми. У складу с тим, овај део рада нисмо назвали „закључцима“, како је то и уобичајено – за њих је, чини се, још увек прерано. Уместо тога, овај део рада означили смо као део у којем ћемо, кроз сумирање потенцијално различитих домета *breed-specific* норми, понудити материјал за нове радове у овој области.

Наиме, скуп норми које смо у процесу изградње категоријално-појмовне апаратуре означили као *breed-specific регулатива* може се посматрати на један од два начина – као правни плеоназам или као покушај објективизације, то јест степеновања објективне одговорности. Указали смо на моменте због којих предметни скуп норми може бити посматран на другоописани начин – као новина која се уклапа у раније уочену тенденцију поштравања одговорности за проузроковану штету. Такође, у ранијим радовима (Радуловић, 2018: 409–422), указали смо и на то да настављање поменути тенденције у виду поштравања објективне одговорности није сасвим неуобичајена појава у модерном праву.

Ипак, без обзира на то што претендујемо да објективно представимо аргументе и *pro*, а не само *contra* ове регулативе, а да вагање између

аргумената оставимо наредним истраживањима, чини се да аргументи против претежу. Наиме, иако има индиција да ова појава није самоникла у нашем праву, нама се пре чини како је она, не резултат креативног настављања тенденције поштравања одговорности, већ сувишна појава у нашем правном систему.

Више је разлога због којих имамо такав утисак. Ипак, у мору правно-политичких разлога који ће бити презентовани у неком од наредних радова, преовлађују строго правни и то они који се тичу правног положаја оштећеног и правног положаја имаоца животиње у случајевима када је ризик настанка штете заиста и реализован. Наиме, будући да се правни положај нити оштећеног нити имаоца животиње неће погоршати нити побољшати уколико је штету узроковала јединка која је Правилником о опасним псима означена као опасна (у односу на ситуацију у којој штету није проузроковала таква јединка), ствар је сасвим јасна, конструкција о „опасном псу“, тим пре јер су све живе животиње опасне ствари, представља правни плеоназам.

Литература/References

- Andrejević, M. (1964). Osnov odgovornosti za štetu koju prouzrokuje životinja. *Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*. 3. 71–92.
- Abrodo, A. (2010). Breed-specific Legislation, Barking up the Wrong Tree. *Fresh writing*. 10. 49–56.
- Bentham, J. (1823). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press.
- Bredley, J. (2014). *Dog bites: problems and solutions*. Ann Arbor: Animals and Society Institute.
- Delise, K. (2007). *The Pit Bull Placebo: The Media, Myths and Politics of Canine Aggression*. USA: Anubis Publishing.
- Kaluđerović, Ž. (2009). Биоетички приступ животињама. *Socijalna ekologija*. 18(3-4). 311–322.
- Kaufman, A. (1998). *Pravo i razumevanje prava (prev. Basta, N. D.)*. Beograd: Gutenbergova galaksija.
- Марјански, В., Поткоњак, А. (2015). Ране настале уједом паса и мачака – епидемиолошке карактеристике, форензичко испитивање и грађанскоправна одговорност. *Зборник радова Правног факултета – Нови Сад*. 49(3). 1191–1204.

Радуловић, С. (2018). Особености у универзалној тенденцији поштравања грађанскоправне одговорности. *Зборник радова „Универзално и особено у праву“*. Том II. 409–422.

Радуловић, С. (2017). Dog-specific регулатива као део одштетног права. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини. Годишњи зборник*. 119–131.

Ristivojević, B., Bugarski, T. (2014). Krivično delo ‘ubijanje i mučenje životinja’ iz člana 269 KZ RS u svetlu zakona o dobrobiti životinja. *Nauka, bezbednost, policija*. 1. 1–19.

Stanišić, S. (2014). Pravna priroda građanske odgovornosti za štetu od životinja. *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*. 4(4). 83–94.

Schiavone, A. L. (2015). Barkung up the Wrong Tree: Regulating Fear, not Risk. *Animal law*. 22(1). 9–35.

Цветић, Р. (2014). Одрживи развој и еколошка штета. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68. 291–302.

Srdan Radulović, LL.D.

Assistant Professor

Law Faculty, University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

(UN)NECESSARY IMPLEMENTATION OF BREED-SPECIFIC LEGISLATION

Summary

Damage that comes as a result of an animal's activity, and consequently number of issues regardless liability for damage that is caused by an animal, do not stop occupying and intriguing legal theory for centuries. These questions, but also the answers that have been offered so far, are especially interesting when they are analyzed in context of actions of men's best friend – a dog.

Among other activities directed toward preventing damages caused by dogs, although we believe that educational ones should have priority, attention should also be directed to legislative activities. Namely, there is a need to analyze state authority's activities related to implementation of so called breed-specific and dog-specific legislation. Both types of regulations are part of Serbian legal system as well. Being so, in this paper we will share our thoughts on the first-mentioned group of rules based on previously conducted both theoretical and empirical research.

Keywords: *Breed-specific regulation, Dog-specific regulation, Damage causing, Strict liability, Prevention of damage.*

Др Милица Панић,*
Доцент Правног факултета Пале
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881363P

UDK: 347.4
Раd примљен: 22.09.2018.
Раd прихваћен: 22.11.2018.

УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ*

Апстракт: У овом раду ћемо анализирати нека општа питања која се односе на уговорну одговорност за штету. Посебна пажња биће посвећена уочавању разлике између уговорне и вануговорне одговорности за штету, јер је Закон о облигационим односима предвидео различита рјешења за ове двије врсте одговорности. Актуелност ове теме се односи и на питање накнаде нематеријалне штете код уговорне одговорности за штету, односно да ли је она дозвољена у нашем праву? Поводом овог питања ће се анализирати рјешења Принципа европског уговорног права, као и рјешења у упоредном праву. Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није испунио своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе усљед околности које су наступиле послје закључења уговора, а које није могао спријечити, отклонити или избјећи. Говорит ћемо и о уговорном проширењу одговорности за штету, њеном искључењу и ограничењу. Посебну пажњу посветићемо рјешењима из судске праксе.

Кључне ријечи: уговор, штета, уговорна одговорност, вануговорна одговорност.

* milicap39@gmail.com

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Према Закону о облигационим односима¹ – 300 постоји више врсте одговорности за штету: вануговорна (чл. 154–209), уговорна (чл. 262–269), предуговорна (чл. 30, ст. 2 и 3) и одговорност у посебним случајевима (чл. 180–184) (Михајловић, Петровић, 2009: 5). Када је у питању предуговорна одговорност за штету (*culpa in contrahendo*) према чл. 30 300 за штету насталу вођењем преговора одговара страна која је водила преговоре без намјере да закључи уговор. Одговараће за штету и страна која је водила преговоре у намјери да закључи уговор, ако одустане од те намјере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету. Одредбе о предуговорној одговорности налазе се у новим 300 бивших југословенски република, у грчком Грађанском закону из 1940. и италијанском Грађанском закону² из 1942. године. С друге стране, у француском Грађанском закону³ из 1804, аустријском општем Грађанском закону⁴ из 1811, њемачком Грађанском закону⁵ из 1896, швајцарском Закону о облигацијама⁶ из 1911, не налазе се одредбе о овој врсти одговорности за штету, а нису се налазиле ни у грађанском Закону за Краљевину Србију из 1844, ни у Општем имовинском закону за Књажевство Црне Горе из 1888. године (Михајловић, Петровић, 2009: 7–8). Поставља се питање да ли је овдје ријеч о уговорној или вануговорној одговорности за штету. Приклањамо се мишљењу аутора (Орлић, 1992: 1198) који сматрају да је ријеч о вануговорној одговорности за штету, јер уговорна одговорност настаје повредом постојећег пуноважног уговора, док предуговорна одговорност настаје због прекида преговора за закључење уговора, у оним ситуацијама када уговор није закључен (Михајловић, Петровић, 2009: 11).

1 Закон о облигационим односима – 300, *Службени гласник РС*, 21/92, 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04. У Републици Српској примјењује се југословенски Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 на основу чл. 12 Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске, *Службени гласник РС*, 21/92.

2 *Codice Civile*, Retrived 16, August 2018, from http://www.jus.unitn.it/-cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.

3 *Code Civil*, Retrived 16, August 2018, from <http://www.bicentenair-educoddecivil.fr/leger/legifrance.htm>.

4 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, Retrived 16, August 2018, from <http://ibiblio.org/ais/abgb1.htm/>.

5 *Bürgerliches Gesetzbuch*, Retrived 16, August 2018, from <http://bundes-recht.juris.de/bundesrecht/bgb>.

6 *Schweizerisches Obligationen-recht*, Retrived 16, August 2018, from <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html>.

Када је у питању уговорна одговорност за штету, за ову врсту грађанскоправне одговорности користе се и називи одговорност за повреду облигације или одговорност за штету насталу повредом неке раније постојеће обавезе (Перовић, Стојановић: 757). Уговорна одговорност за штету представља одговорност за проузроковану штету неизвршењем раније преузете обавезе без обзира на извор из којег је она проистекла (Мораит, 2010: 418).

Према чл. 262 300: „Повјерилац у обавезном односу је овлашћен да од дужника захтијева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је савјесно у свему како она гласи. Кад дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем, повјерилац има право захтијевати и накнаду штете коју је услед тога претрпио. За штету због задоцњења са испуњењем одговара и дужник коме је повјерилац дао примјерен накнадни рок за испуњење. Дужник одговара и за дјелимичну или потпуну немогућност испуњења и ако ту немогућност није скривио ако је наступила послје његовог доласка у доцњу, за коју одговара. Али се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да би ствар која је предмет обавезе случајно пропала и да је он своју обавезу на вријеме испунио.“ У чл. 262, ст. 5 300 случај, као одсуство дужникове кривице, поистовјећује се са неким догађајем који је изван понашања дужника (друштвени или природни догађај или људска радња) коју није скривио дужник (Мораит, 2010: 428).

Повјерилац има право на накнаду штете у два случаја: када дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем. Према чл. 324 300 дужник долази у доцњу када не испуни обавезу о року одређеном за испуњење. Ако рок за испуњење није одређен, према чл. 324 300, дужник долази у доцњу када га повјерилац позове да испуни обавезу, усмено или писмено, вансудском опоменом или започињавањем неког поступка чија је сврха да се постигне испуњење неке обавезе.

Према томе, претпоставке за уговорну одговорност за штету су: „1. да постоји пуноважна обавеза из уговора или неког другог облигационог односа која није испуњена или није уредно испуњена; 2. да је друга страна због тога претрпјела штету; 3. да не постоје околности које искључују одговорност прекршиоца обавезе“ (Милутиновић, 2009: 41). Други аутори наводе као опште услове проузроковање штете и узрочну везу која треба да постоји између неизвршења или повреде неке постојеће обавезе и настанка штете. Посебни услов је постојање раније преузете обавезе, чије неизвршење или неуредно извршење доводи до настанка штете повјериоцу, а чије постојање доказује повјерилац као оштећени. Штета се може јавити у виду позитивног и негативног уговорног интереса.

Позитивни уговорни интерес или штета због неиспуњења јесте губитак настао због неиспуњења или рђавог испуњења уговорне обавезе. Она обухвата обичну штету, измаклу добит, као и све трошкове које је повјерилац имао да би овај свој позитивни уговорни интерес задовољио на други начин. Негативни уговорни интерес је штета из незакључења уговора и штета услед вјеровања да је закључени уговор пуноважан, а у ствари је непуноважан (Мораит, 2010: 421–422). Негативни уговорни интерес се доводи у везу са незакључењем или непуноважношћу уговора, те се назива и штетом због вјеровања. Накнада негативног уговорног интереса долази у случају кад је уговор ништав или рушљив, под условом да оштећени није знао, нити је морао знати за узроке ништавости, односно рушљивости према чл. 108 и 115 ЗОО или када су вођени преговори за закључење уговора (*culpa in contrahendo*). (Радишић, 2004: 203)

Неиспуњење уговорне обавезе, испуњење уговорне обавезе са закашњењем и манљиво испуњење уговорне обавезе представља повреду уговора. (Јанковец, 1993: 25).

2. Однос уговорне и вануговорне одговорности за штету

Према једном схватању, које заступају проф. Јакшић и проф. Радишић, и које је прихваћено у чл. 1293–1341 аустријског општег Грађанског законика, између уговорне и вануговорне одговорности за штету у суштини нема разлике. Према њиховом мишљењу одговорност настаје због повреде нека раније обавезе. Када је у питању вануговорна одговорност за штету у питању је повреда законске дужности да се никоме не проузрокује штета из чл. 16 ЗОО. Када је у питању уговорна одговорност за штету у питању је повреда законске дужности да уговорна обавеза буде испуњена у свему онако како гласи из чл. 262, ст. 1 ЗОО. Ово схватање је познато као теорија јединства кривице. Међутим, због бројних разлика између ове двије врсте одговорности не може се прихватити ова теорија. (Јанковец: 384, 391) Може се десити да једним догађајем настане и уговорна и вануговорна одговорност за штету. То ће се десити у случају када закупац оштети намјештај у закупљеном стану, те се поставља питање да ли је тиме начинио непоштовање уговора или причинио грађанскоправни деликт? Према теорији јединствене кривице, сматрали су да се ради о јединству кривице и да уговорну и деликтну одговорност треба изједначити. Према другом схватању, ове одговорности су различите и треба се посебно одговарати за деликт, а посебно за повреду уговора, и то се назива дуализмом правила. У овом случају оштећени повјерилац има право избора правила одговорности која су за њега повољнија (Мораит, 2010: 419).

Према чл. 16 300, свако је дужан да се уздржи од поступака којима се другом проузрокује штета. Према чл. 155 300, штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наносење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).

Основна разлика између ове двије врсте одговорности је у вези са постојањем, односно непостојањем обавезе која претходи одговорности за штету. Код уговорне одговорности за штету постоји претходна облигација, уговор, која је повријеђена нпр. продавац није предао робу на вријеме те купац трпи штету. Код деликтне одговорности није постојала претходна облигација, већ је облигација настала самим фактом проузроковања штете. Код деликтне одговорности постоји знатно шири круг одговорних лица, јер одговара извршилац, пострекач и помагач, те постоји одговорност за другога, али и објективна одговорност, те ова одговорност дјелује *erga omnes*. Код уговорне одговорности за штету одговара се по претпостављеној кривици, док код деликтне одговорности за штету одговара се по основу кривице (претпостављене или доказане), али се одговара и без обзира на кривицу (одговорност за другог, објективна одговорност). Када је у питању уговорна одговорност, ријеч је о лицима која посједују пословну способност, док се деликтна способност стиче са 14 година, а могућа је и одговорност штетника узраста између 7 и 14 година. Због правичности деликтно одговорна лица могу бити и лица млађа од седам година под одређеним условима.

Даље, уговорна одговорност је регулисана диспозитивним нормама, те се може проширити, ограничити или искључити, поштујући начело савјесности и поштења. Вануговорна одговорност је регулисана императивним нормама које странке не могу својим уговором мијењати. Код уговорне одговорности за штету, по правилу је подијељена одговорност, а код деликтне одговорности, када више лица проузрокују штету својом кривицом другом лицу, њихова одговорност је по закону солидарна према чл. 206 300.

Деликтна одговорност, према чл. 189 300, обухвата интегралну потпуну накнаду (стварну штету и измаклу добит), а у случају проузроковања штете кривичним дјелом са умишљајем и посебну накнаду према субјективној вриједности *praetium affectionis*. Са друге стране, уговорна одговорност се односи на предвидљиву штету. Само ако је штета проузрокована преваром, намјерним неиспуњењем или због крајње непажње, дужник је у обавези да поред предвидљиве надокнади и непредвидљиву штету. Претпоставка о кривици дужника односи се само на његову обичну непажњу (*culpa levis*),

а не и на намјеру (*dolus*), крајњу непажњу (*culpa lata*) или превару (*fraus*) према одредби чл. 266, ст. 1 и 2 300. (Перовић, Стојановић, 1980: 760)

Када је у питању застарјелост потраживања накнаде штете према чл. 376 300, када је у питању вануговорна одговорност за штету, потраживање накнаде проузроковане штете застарјева за три године од кад је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету учинило, док у сваком случају ово потраживање застарјева за пет година од кад је штета настала. Међутим када је у питању потраживање накнаде штете настале услед повреде уговорне обавезе оно застаријева за вријеме одређено за застарјелост те обавезе (Антић, 2009: 454–458). Ако је у питању накнада штете због повреде уговора који се сматра уговором у привреди, рок застарјелости је три године, а код других уговора рок је десет година. У неким случајевима рок је и краћи⁷ (Апостоловић, 2009: 191–192).

Повредом уговора модификује се један постојећи облигациони однос тако што се постојећим дужниковим обавезама придодују и неке нове акцесорне обавезе (Мораит, 2010: 429). Код деликтне одговорности штета мора бити увијек доказана и терет доказа је на оштећеном, док код уговорне одговорности штета се може претпоставити да постоји (апстрактна штета) (Лоза, 2000: 186).

3. Накнада штете код уговорне одговорности

3.1. Накнада материјалне штете код уговорне одговорности

Када је у питању чл. 155 300, материјалну штету чине обична штета која представља умањење нечије имовине и измакла корист као спречавање његовог повећања. Према чл. 189. ст. 3 300, приликом оцјене висине измакле користи узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току или према посебним околностима, а чије је остварење спријечено штетниковом радњом или пропуштањем. Када су у питању појмови, поред појма обична штета користи се појам и стварна штета, док када је у питању измакла корист у теорији се користи појам и изгубљена добит.

Начин одмјеравања накнаде штете зависи од врсте повреде уговора. Апстрактни начин одмјеравања накнаде штете⁸, затим куповина односно продаја ради покрића,⁹ могући су само ако је уговор раскинут због повре-

⁷ чл. 109 и 110 Закона о уговорима о превозу у жељезничком саобраћају, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 38/15.

⁸ чл. 524 300.

⁹ чл. 525 300.

де. Конкретни начин одмјеравања накнаде штете могућ је и кад је уговор раскинут и кад није¹⁰ (Јанковец, 1993: 217).

Према чл. 74 Конвенције УН о међународној продаји робе из 1980. године¹¹: „Накнада штете за повреду уговора коју је починила једна страна равна је претрпљеном губитку и измаклој добити који су усљед повреде настали за другу страну. Ова накнада не може бити већа од губитка који је страна која је повриједила уговор предвидјела или је морала предвидјети у тренутку закључења уговора као могућу посљедицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су јој тада биле познате или морале бити познате.“

Према чл. 266, ст. 1, 2 и 3 300: „(1) Повјерилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи, које је дужник у вријеме закључења уговора морао предвидјети као могуће посљедице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате. (2) У случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, повјерилац има право захтијевати од дужника накнаду цјелокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале. (3) Ако је приликом повреде обавезе, поред штете, настао за повјериоца и неки добитак, о њему ће се приликом одређивања висине накнаде водити рачуна у разумној мјери.“ Предвидивост штете се цијени са објективног становишта, са становишта апстрактног дужника, дужника као доброг домаћина (*bonus pater familias*-а, стручњака). Одговорност за предвидиву штету постоји само ако је штета настала обичном непажњом (*culpa levis*), чије постојање се претпоставља. Када је у питању превара, намјера и груба непажња, оне се морају доказати од стране повјериоца као тежи степени кривице (Перовић, Стојановић, 1980: 771–772). Сличну одребу садржи француски Грађански законик у чл. 1150 и италијански Грађански законик у чл. 1225 (Радишић, 2004: 205).

Према чл. 9: 502 Принципа европског уговорног права – *PECL* опште правило за одређивање висине накнаде је такав износ који ће довести погођену страну у што сличнији положај оне у коме би била да је уговор прописно испуњен. Та накнада обухвата губитак који је погођена страна претрпјела и добитак који јој је измакао.

Када је у питању умањење накнаде штете због понашања повјериоца према чл. 266, ст. 4 и 5 300: „Страна која се позива на повреду уговора дужна је предузети све разумне мјере да би се смањила штета изазвана том повре-

¹⁰ чл. 523–526 300.

¹¹ CISG, Retrived 16, August 2018, from http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

дом, иначе друга страна може захтијевати смањене накнаде. Одредбе овог члана сходно се примјењују и на неиспуњење обавеза које нису настале из уговора, уколико за поједине од њих није овим законом нешто друго предвиђено.“ То би се десило, на примјер, ако би се накнада односила на штету коју је радник претрпио на послу, а у том случају радник добије помоћ од синдикалне организације, чиме је покривен дио штете, и штета се умањује у разумној мјери (Вељковић, 2005: 297).

Према чл. 267 ЗОО: „Када за насталу штету, или њену величину, или за отежање дужниковог положаја има кривице до повјериоца или до лица за које он одговара, накнада се смањује сразмјерно.“ С обзиром на кривицу повјериоца или лица за које он одговара, дужник може бити потпуно или дјелимично ослобођен од одговорности за штету која је настала повредом обавезе. Дужник ће потпуно бити ослобођен одговорности за штету ако је за штету у цјелини крив повјерилац или лице за које он одговара. Дужник ће бити дјелимично ослобођен одговорности за штету насталу повредом обавезе, ако је дјелимично одговоран за штету повјерилац или лице за које он одговара. Лице за које повјерилац одговара је нпр. пуномоћник повјериоца, радник повјериоца, орган повјериоца и др. (Перовић, Стојановић, 1980: 774–775). Према чл. 9: 504 *PECL*, када је повјерилац допринео извршењу повреде уговора или настанку њених посљедица, одговорност стране која је извршила повреду уговора за штету коју је повјерилац претрпио се сразмјерно смањује.

Повјерилац не би одговарао ако није преузео све потребне мјере ради пријема извршења дужникове обавезе, ако се увјерио да дужник није у могућности да своју обавезу испуни о року. Постојаће дјелимична одговорност повјериоца у случају да је спреман да прими испуњење обавезе дужника, али не нуди испуњење своје обавезе дужнику. То би био случај код уговора о грађењу, када се повјерилац обавезао да одређеног дана преда извођачу простор на коме ће изводити своје радове, па то не учини у предвиђеном року, а извођач је допремио сав грађевински материјал – тада одговорност за неизвршење о року пада на инвеститора (Вељковић, 2005: 297).

Према чл. 264 ЗОО: „(1) Уговором се може проширити одговорност дужника и на случај за који он иначе не одговара. (2) Али се испуњење овакве уговорне одредбе не може захтијевати ако би то било у супротности са начелом савјесности и поштења.“

Под проширењем одговорности дужника подразумева се добровољан пристанак дужника путем уговора, прије проузроковања штете повредом обавезе, да ће одговорати за штету и у случају када по правилима о уговор-

ној одговорности за штету не би одговарао. То би били случајеви проузроковања штете усљед више силе и случаја, и усљед наступања објективних околности које се не могу спријечити, отклонити или избјећи. Међутим, уколико је споразум повјериоца и дужника, који се односи на проширену одговорност дужника, уговорен противно начелу савјесности и поштења, онда је њихов споразум ништав (Перовић, Стојановић, 1980: 762–764).

Када је у питању ограничење и искључење одговорности према чл. 265 300: „(1) Одговорност дужника за намјеру или крајњу непажњу не може се унапријед уговором искључити. (2) Али суд може на захтјев заинтересоване уговорне стране поништити и уговорну одредбу о искључењу одговорности за обичну непажњу, ако је такав споразум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна. (3) Пуноважна је одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмејри са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено. (4) У случају ограничења висине накнаде повјерилац има право на потпуну накнаду ако је немогућност испуњења обавезе проузрокована намјерно или крајњом непажњом.“

За поједине врсте уговорних односа законом или међународном конвенцијом је одређен износ на који је ограничена уговорна одговорност једне уговорне стране за случај повреде уговора, као што је случај нпр. код одговорности превозиоца за губитак или оштећење пошиљке (Милутиновић, 2009: 44).¹²

Ако се ради о ограничењу висине накнаде штете, повјерилац ће имати право на потпуну накнаду штете, ако је немогућност испуњења обавезе проузрокована намјерно или крајњом непажњом дужника (Вељковић, 2005: 296).

Уговорне стране ће уговором ограничити или искључити одговорност за штету, који ће бити закључен прије него што настане штета повредом обавезе, јер ако би штета настала послје закључења уговора, радило би се о уговору о отпусту дуга. Уговорна одговорност за штету може се ограничити или искључити само када је у питању обична непажња (*culpa levis*) (Перовић, Стојановић, 1980: 765–766).

12 Када је у питању уговор о превоз према чл. 672 300: „У случају губитка или оштећења пошиљке у којој су се налазиле драгоцјености, хартије од вриједности или друге скупоцјене ствари, превозилац је дужан накнадити тако насталу штету само ако је приликом предаје ствари на превоз био обавјештен о природи тих ствари и њиховој вриједности, или ако је штету проузроковао намјерно или крајњом непажњом. Ако су се са наведеним стварима у пошиљци налазиле и друге ствари, за њихов губитак или оштећење превозилац одговара по општим правилима о одговорности превозиоца.“

Према чл. 268 ЗОО: „Уговорна страна која је дужна да обавијести другу страну о чињеницама које су од утицаја на њихов међусобни однос, одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на вријеме обавјештена.“

У овом случају мора се поћи од чињенице да уговорне стране сарађују у извршењу уговора, те да се договарају о новонасталим сметњама, а то је нарочито случај у металној индустрији или грађевинарству. Треба водити рачуна о начелима у овим случајевима и то начелу савјесности и поштења, проузроковању штете, као и одредбе о понашању и извршавању обавеза и остваривању права, као и одредби о примјени добрих пословних обичаја (Вељковић, 2005: 298).

Према чл. 269 ЗОО: „Уколико одредбама овог одсјека није друкчије прописано на накнаду ове штете, сходно се примјењују одредбе овог закона о накнади вануговорне штете.“ Правила уговорне одговорности за штету се примјењују и у случајевима у којима је штета настала усљед повреде дужности испуњења неке друге претходно постојеће обавезе из проузроковања штете, из једностране изјаве воље, из незваног вршења туђих послова, из правно неоснованог обогаћења или закона (Перовић, Стојановић, 1980: 757).

Према чл. 263 ЗОО: „Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих последице закључења уговора које није могао спријечити, отклонити или избјећи.“ Ову одредбу ЗОО треба примјењивати у случају накнадне објективне немогућности испуњења, док ће се за случај субјективне немогућности испуњења примјенити одредбе чл. 124 ЗОО (Милутиновић, 2009: 42).

Да би дужник био ослобођен одговорности потребно је да постоје следећи услови: 1) да дужник није испунио своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе; 2) да је неиспуњење обавезе, односно закашњење настало последице закључења уговора; 3) да дужник није могао да спријечи, отклони или избјегне околности које су довеле до тога да није био у могућности да изврши своју обавезу; 4) да је дужник у обавези да докаже да није могао да изврши своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем своје обавезе. Немогућност испуњења се везује за вишу силу (Вељковић, 2005: 293–294). Према другом схватању, за ове околности не захтијева се да имају карактер више силе. Ако ове околности имају карактер више силе, онда ће дужник бити ослобођен одговорности за штету због неизвршења или задоцњења у извршењу обавезе. У ЗОО је предвиђен објективно/субјективни критеријум за ослобађање дужника о одговорности за штету код

уговорне одговорности. Дужник се ослобађа одговорности за штету ако наступе објективне околности последице закључења уговора, које онемогућавају дужника да изврши обавезу или да је изврши о року, или уколико дужник није могао да спречи, отклони или избјегне наступање наведених околности и наступање штете (Перовић, Стојановић, 1980: 761–762).

Према чл. 277 ЗО, ако је у питању новчана обавеза, дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи утврђеној Законом о висини стопе затезне камате.¹³ У случају да је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате, она тече и последице дужникове доцње. Када је у питању однос затезне камате и накнаде штете према чл. 278 ЗО, повјерилац има право на затезну камату без обзира на то да ли је претрпио какву штету због дужникове доцње. Међутим, ако је штета коју је повјерилац претрпио због дужниковог задоцњења већа од износа који би добио на име затезне камате, он има право захтијевати разлику до потпуне накнаде штете.

3.2. Накнада нематеријалне штете код уговорне одговорности

Када је у питању појам нематеријалне штете, поред овог законског термина се користе и појмови морална, неимовинска штета. Тако у нацрту грађанског Законика Србије из 2016. године се користи појам неимовинска (морална) штета у чл. 357 и даље. Нематеријалну штету чини доношење другом физичког или психичког бола или страха.

Када су у питању Принципи европског уговорног права 1980. године је формирана посебна комисија с називом *Commission on European Contract Law*, која је објавила до сад три групе начела под називом *The Principles of European Contract Law Part I* (1995), *Part II* (1999) и *Part III* (2003).¹⁴ Ова начела се називају и Ландова начела јер је координатор комисије био дански професор Оле Ландо (Proso, Štambuk: 905). Према чл. 1, 101 PECL ова начела ће се примијенити када: а) странке уговоре њихову примјену или их као такве инкорпорирају у уговор, б) странке уговоре примјену општих начела права, *lex mercatoria* или томе слично, ц) странке не уговоре мјеродавно право за уговор. Када странке уговоре примјену PECL на односе који нису уређени PECL-ом примјењује се национално право мјеродавно према колизијском праву земље суда. Исто се односи и на конгентне норме чија примјена не може бити искључена уговарањем мјеродавног права (Proso, Štambuk, 2008: 908).

13 Службени гласник Републике Српске, 19/01, 52/06 и 103/08.

14 PECL, Retrived 22, June 2018, from https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/.

Према члан 9:503 *PECL*-а страна која је извршила повреду одговара само за ону штету коју је предвидјела или коју је морала предвидјети у вријеме закључења уговора као могућу посљедицу повреде уговора, осим ако је повреда извршена намјерно или из крајње непажње. Према чл. 9:510 *PECL*-а штета ће се накнадити у оној валути која најбоље одражава губитак оштећене стране (Proso, Štambuk, 2008: 910, 911). Према чл. 9: 501 *PECL*, штета за коју се може добити накнада обухвата и: а) неимовинску штету, б) будућу штету, ако постоји разумна вјероватноћа да ће она настати. У *UNIDROIT* начелима међународних трговачких уговора у чл. 7.4.2. је предвиђено да се уговором може причинити и нематеријална штета. Према једној одлуци Европског суда за људска права (*ECJ C-168/00*), од 12. марта 2002. године, речено је да су агенције које не испуњавају уредно обавезе које произлазе из Директиве *EU 90/314* дужне накнадити потрошачима (туристима и путницима) и имовинску и неимовинску штету коју су због тога претрпјели (Radolović, 2009: 1046).

Државе које изричито предвиђају уговорну одговорност за нематеријалну штету су Хрватска, САД, Енглеска, Аустрија, Холандија, Шведска, Турска, Израел, Њемачка. (Proso, Štambuk, 2008: 911). Према чл. 346 Закона о обавезним односима Хрватске¹⁵: „Вјеровник има право на накнаду обичне штете и измакле користи те правичну накнаду неимовинске штете, које је дужник у вријеме склапања уговора морао предвидјети као могуће посљедице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.“

Накнада нематеријалне штете код уговорне одговорности за штету предвиђа се у хрватском Закону о обавезним односима код уговора о превозу. Према чл. 697, ст. 1 овог закона превозник је дужан накнадити имовинску и неимовинску штету која настане оштећењем здравља, озљедом или смрћу путника, осим ако је проузрокована радњом путника или страним узроком који се није могао предвидјети, ни избјећи или отклонити.

Према схватању неких аутора (Proso, Štambuk, 2008: 912) накнада нематеријалне штете код уговорне одговорности за штету се могла накнадити и према 300. У чл. 266, ст. 2 300 се помиње накнада цјелокупне штете, која подразумијева материјалну и нематеријалну штету, док се у чл. 269 300 предвиђа да се на накнаду уговорне одговорности за штету сходно примјењују одредбе 300 о накнади вануговорне одговорности за штету. Одредба ст. 2, чл. 262 300 је према схватању ових аутора била правна основа за досуђивање неимовинске штете и код повреде уговорне обавезе. Има

15 *Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18.

мјеста примјени правила о нематеријалној штети код уговорне одговорности за штету сходно чл. 269 ЗО и према схватању других аутора, примјеном правила о вануговорној одговорности за штету (Перовић, Стојановић, 1980: 758). Према схватању неких аутора, код уговорне одговорности за штету нису се могла примијенити правила која се односе на нематеријалну штету. (Radolović, 2009: 1035)

Нематеријална штета код уговорне одговорности за штету ће настати нпр. повредом угледа повјериоца ако банка одбије да исплати чек. Старија судска пракса није признавала повјериоцу право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора. Тако је у пресуди из 1958. године Врховни суд Босне и Херцеговине одлучио да „ако странка тражи накнаду штете ради неиспуњења уговора, може према правним правилима грађанског права захтијевати само накнаду материјалне штете која се одражава у њеној имовини“¹⁶ (Јанковец: 31).

Када је у питању судска пракса, судови су доносили одлуке у којима су признавали и нису признавали накнаду нематеријалне штете код уговорне одговорности за штету. Тако у једној Одлуци „оцијењено је да противљење дужника да испуни уговорне обавезе по уговору о осигурању живота, ако је и неосновано, не даје основу за накнаду штете због повреде части и угледа“.¹⁷ Према пресуди Врховног суда Хрватске од 24. студенога 1988,¹⁸ одбијен је тужбени захтјев на исплату правичне новчане накнаде с образложењем да нема основе за признавање неимовинске штете с наслова душевних боли због ускраћеног посјета и разгледања одређених градова у оквиру уговореног програма туристичког путовања, јер душевне боли које нису обухваћене одредбама чл. 200 и 201 ЗО нису правна основа за досуђивање сатисфакције (Кларић, 2006: 384).

3.3. Судска пракса

Према одлуци Врховног суда Хрватске¹⁹, суд је одлучио да зубар који има приватну ординацију, и који је приликом вађења зуба повриједио пацијента (пријелом доње вилице), одговара за штету насталу повредом уговорне обавезе, а не на темељу вануговорне одговорности за штету. Нижеступањски судови погрешно оцјењују да у овој правној ствари има

16 Гж. 35/58.

17 Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 714/97.

18 Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 985/88.

19 Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 2156/1991, Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 1483-91, Retrived 22, June 2018, from www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/.../sudskapraksa.doc.

мјеста примјени одредбе чланова 154 и 158 300, јер се у овом случају не ради о накнади штете као посљедици вануговорне одговорности већ о одговорности за накнаду штете настале приликом испуњења уговорне обавезе. Наиме, тужитељ је, као наручилац дјела (вађења коријена зуба), наручио код туженика, као зубара који има приватну зубну ординацију и као од извођача дјела, да му обави одређен посао – извади коријен зуба (лијеве доње шестице), што је туженик као зубар и извршио у испуњењу уговором преузете обавезе. Дакле, ради се о уговорном односу странака из уговора о дјелу (чл. 600 300). Тужитељ тражи накнаду штете јер му је код вађења коријена зуба настала повреда у облику лома вилице, дакле, истиче да извођач није извршио дјело како је уговорено и по правилима посла, што је иначе био дужан учинити према одредби члана 607, став 1. 300.

У другом случају суд је одлучио да се не сматра несретним случајем пропуст лијечника-оператера који је за вријеме операције царског реза због недовољне пажње код шивања оперираног дијела материце захватио једним шавом и вијугу танког цријева.²⁰

Према члану 262, став 1 300, повјерилац у обавезном односу је овлашћен да од дужника захтијева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је савјесно и у свему како гласи. Према ставу 2 истог члана кад дужник не испуни обавезу, повјерилац има право захтијевати накнаду штете коју је услед тога претрпио. Наиме, туженом је морало бити познато да је ознака шасије накнадно заварена са другог возила на предметно возило, и да је мотор неодговарајући за тај тип возила. Иначе, након одузимања купљеног возила, тужилац је по основу одговорности за правне недостатке из члана 508 300, предао свом купцу друго возило исте врсте без правног недостатка. Тиме је овом лицу надокнадио штету, према чл. 509 и 510, став 3 поменутог закона.²¹

Предмет тужбеног захтјева је накнада штете за коју тужиља тврди да је претрпјела зато што тужени није испунио своју уговорну обавезу и уградио унутрашњу столарију у станове који су предмет уговора, као и да је због тужениковог закашњења са извршењем обавезе изградње стана 15 мјесеци плаћала закупнину за стан који је користила за становање. Како је утврђено да тужени није испунио своју обавезу у вези уградње унутрашње столарије у стамбене јединице, мада је ова обавеза туженог уговорена, те да је тужени у испуњењу обавезе предаје станова задоцнио – то тужиља има право на накнаду штете због неиспуњења туженикове обавезе у обиму и на начин како она гласи, као и због неиспуњења уговора о року. Тужиља

20 Naša zakonitost 1966/3, Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Кж –2768/65.

21 Пресуда Врховног суда Србије, Рев – 259/2003.

је доказала постојање штете, њену висину, постојање узрочне везе између штете и неиспуњења обавезе, односно задоцњења у њеном испуњењу, па су судови правилно примијенили материјално право када су усвајањем тужбеног захтјева обавезали туженог да тужиљи ову штету накнади у досуђеној висини.²²

4. Закључак

Када је у питању одговорност за штету у 300 се предвиђа дуализам правила о уговорној и вануговорној одговорности за штету. Правила о уговорној одговорности за штету налазе се у чл. 262 до 269 300, док је вануговорна одговорност за штету регулисана чл. 154 до 209. Предуговорна одговорност за штету, односно одговорност за скривљени прекид преговора, по схватању већине аутора, чијем се мишљењу приклањамо спада у вануговорну одговорност за штету. Постоје бројне разлике између уговорне и вануговорне одговорности за штету, између осталог, и она која се односи на обим накнаде штете. Вануговорна одговорност за штету обухвата интегралну потпуну накнаду (обичну штету и измаклу корист), а у случају проузроковања штете кривичним дјелом са умишљајем и посебну накнаду према субјективној вриједности *praetium affectionis*. Са друге стране, уговорна одговорност се односи на предвидљиву штету. Само ако је штета проузрокована преваром, намјерним неиспуњењем или због крајње непажње, дужник је у обавези да поред предвидљиве накнаде и непредвидљиву штету. Када је у питању накнада нематеријалне штете, код уговорне одговорности она није изричито предвиђена, мада је у чл. 269 300 прописано да се на накнаду ове штете сходно примјењују одредбе овог закона о накнади вануговорне штете. С обзиром на то да су судови поводом овог питања доносили различите одлуке, најбоље би било да се ово питање изричито регулише 300, као што је то урађено у хрватском Закону о обвезним односима. Према чл. 346 Закона о обвезним односима Хрватске, повјерилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи те правичну накнаду неимовинске штете, које је дужник у вријеме склапања уговора морао предвидјети као могуће посљедице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате. Право на накнаду нематеријалне штете код уговорне одговорности је предвиђено и Принципима европског уговорног права *PECL* и *UNIDROIT* начелима међународних трговачких уговора.

22 Пресуда Врховног суда Србије Рев – 2962/97.

Литература/References

- Антић, О. (2009). *Облигационо право*. Београд: Службени гласник.
- Апостоловић, Б. (2009). Застарјелост потраживања накнаде штете због повреде уговора. *Уговорна одговорност и накнада штете, Зборник радова Београд*.
- Вељковић, Д. (2005). *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима са регистром појмова за практичну примјену са примјерима уговора, тужби и судске праксе*. Београд: Пословни биро д.о.о.
- Јанковец, И. (1993). *Уговорна одговорност*. Београд: Пословна политика д.д.
- Кларић, Р. (2006). Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora o organiziranju putovanja. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56.
- Лоза, Б. (2000). *Облигационо право, општи дио*. Београд: Службени гласник.
- Мораит, Б. (2010). *Облигационо право, Књига прва – Облигације и уговори, Књига друга – Вануговорни облигациони односи*. Бања Лука: Комес графика.
- Михајловић, Н., Петровић, З. (2009). Предуговорна одговорност за штету. *Уговорна одговорност и накнада штете, Зборник радова Београд*.
- Милутиновић, Љ. (2009). Уговорна и деликтна одговорност за накнаду штете. *Уговорна одговорност и накнада штете, Зборник радова Београд*.
- Орлић, М. (1992). Негативни уговорни интерес. *Правни живот 9–10, Штета и њена накнада Београд*.
- Proso, M, Štambuk, M. (2008). Principi europskog ugovornog prava s osvrtom na ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu prema novom ZOO. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 45. 4.
- Перовић, С., Стојановић, Д. (1980). *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*. Горњи Милановац – Крагујевац: Културни центар, Правни факултет.
- Радишић, Ј. (2004). *Облигационо право*. Београд: Номос.
- Radolović, O. (2009). Odgovornost ugostitelja za štetu zbog povrede obveza iz izravnog ugovora o hotelskim uslugama, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) v. 30, br. 2.
- Конвенције УН о међународној продаји робе,
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

Закон о облигационим односима. *Службени гласник Републике Српске*, Бр. 21 (1992), 17(1993), 3(1996), 39(2003) и 74(2004).

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, Бр. 29(1978), 39(1985), 45(1989) и 57(1989).

Закон о висини стопе затезне камате, *Службени гласник Републике Српске*, Бр. 19(2001), 52(2006) и 103(2008).

Закон о обвезним односима, *Народне новине*, Вр. 35(2005), 41(2008), 78(2015) и 29(2018).

Закон о уговорима о превозу у жељезничком саобраћају, *Сл. гласник Републике Србије*, Бр. 38 (2015).

Аустријски општи грађански законик, Allgemeines Bürgerliches Ges-etzbuch,
<http://ibiblio.org/ais/abgb1.htm/>;

Италијански грађански законик, Codice Civile,
http://www.jus.unitn.it/-cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm;

Њемачки грађански законик, Bürgerliches Gesetzbuch,
<http://bundes-recht.juris.de/bundesrecht/bgb/>;

Француски грађански законик, Code Civil,
<http://www.bicentenair-educoddecivil.fr/leger/legifrance.htm>;

Швајцарски законик о облигацијама, Schweizerisches Obligationen-recht,
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html>.

Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 714/97.

Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 985/88.

Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev – 2156/91.

Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske Кж – 2768/65.

Пресуда Врховног суда Србије, Рев – 259/2003.

Пресуда Врховног суда Србије Рев – 2962/97.

Milica Panić, LL.D

*Assistant Professor at the Faculty of Law,
University of East Sarajevo*

CONTRACTUAL LIABILITY FOR DAMAGE

Summary

In this paper, we will analyze some general issues that concern contractual liability for damages. Special attention will be paid to identifying the difference between contractual and non-contractual liability for damage, since the Law on Obligations has provided different solutions for these two types of liability. The actuality of this topic also concerns the issue of compensation for non-pecuniary damage in contractual liability for damage, or is it permitted in our law? This issue will analyze the solutions of the Principle of European contract law, as well as solutions in comparative law. The debtor is relieved of liability for damages if he proves that he has not fulfilled his obligation or that he has been late in fulfilling the obligation due to the circumstances that occurred after the conclusion of the contract, which he could not prevent, remedy or avoid. We will also talk about contractual extension of liability for damage, its exclusion and limitation. We will pay special attention to the solutions from the court practice.

Keywords: *contract, damage, contractual liability, non-contractual liability.*

Милица Вучковић,*
Асистент Правног факултета
Универзитета у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881381V

UDK: 347.235:502

Рад примљен: 24.09.2018.

Рад прихваћен: 19.11.2018.

ПРАВО СВОЈИНЕ И ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ**

Апстракт: У једном правноисторијском напису из англоамеричке правне науке наилазимо на оштру критику суседског права заштите од прекомерних имисија, које је, уместо да допринесе очувању, допринело деградацији животне средине, следећи економске интересе. То, и бројна друга истраживања, недвосмислено указују на велику борбу која се води између економије и приватне својине, на једној страни, и животне средине на другој страни. У том смислу, врло је илустративна констатација L. Krämer-a, везана за односе снага јавних политика Европске уније: „У сукобу интереса животне средине и економских интереса, у 999 од 1000 случајева, животна средина губи“. Савремено право готово непрекидно наглашава посматрање права својине као социјално везаног права, али се чини да ово схватање нема већих практичних последица. У овом раду се бавимо истраживањем међусобних утицаја права својине и основних постулата права животне средине и улоге приватне својине у деградацији или очувању ове, данас можда најважније друштвене вредности.

Кључне речи: право својине, еколошка функција својине, еколошко право.

* milica@prafak.ni.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

1. Уводне напомене

Каже се да непокретност припада простору у ком се налази, а не власнику (Alexander, 2009: 792). Својина и животна средина живе у непрекидној интеракцији без равнотеже. Својина пролази кроз промене, између осталог и због промена које изазива у животној средини. Од „гличитеља“ природе, она се нормативно преображава у право са еколошком функцијом (Grimprez, 2015: 539). Међутим, чини се да тај нормативни преображај понекад изостаје, или да није праћен реалним проображајем. Сукоб еколошке функције права својине и његове индивидуалистичке супстанце одвија се на многим пољима. Неки од примера су правила о посебном положају општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног државног органа или грађанскоправни захтев због жртве у општем, јавном или претежном приватном интересу.

У срцу Европе, где је настала идеја о социјалној функцији права својине, век након чувених предавања професора Дигија, професор Лудвиг Крамер даје поражавајућу дијагнозу односа својине и животне средине: „У сукобу еколошких и економских интереса, у 999 од 1000 случајева, животна средина губи (...) Инфраструктурална инфериорност еколошке заштите у односу на економске и социјалне интересе постаје све видљивија. А како животна средина нестаје у тишини, овај проблем подстиче незнатну забринутост“ (Krämer, 2012: V). Да ли то значи да се читав век вртимо у зачараном кругу блиставих прокламација? Можда је то потврда хипотезе да ограничења права својине стоје на „ободима“ овог права (Alexander, 2009: 747), без стварне снаге, и подстицај да се својина конципира на другачији начин, тако да се у њеној садржини јасно препознају и одређене дужности и предвиде санкције за њихово непоштовање.

2. Појам и начела еколошког права

Еколошко право је грана права чијим нормама се регулише човеков однос према животној средини, заштита и очување животне средине и питања одговорности за загађивање, угрожавање и деградацију животне средине (Омејес, 2003: 38, Николић, 2011: 300, Виг, Гајинов, 2011: 18). Постоје различита теоријска и нормативна одређења појма животне средине (Ракић Водинелић, 1995: 248–251, Омејес, 2003: 27–28). Законом о заштити животне средине Републике Србије¹ животна средина је дефинисана као „скуп природних и створених вредности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно простор и услове за живот.“² Закон о заштити

1 *Сл. гласник РС*, 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон и 43/2011 - одлука УС.

2 Чл. 3, тач. 1.

okoliša Републике Хрватске³ дефинише животну средину као јединство природног окружења (које чине ваздух, земља, вода и море, клима, биљни и животињски свет) и окружења које је створио човек (културна баштина)⁴.

У оквиру еколошког права постоје три доминантна учења о заштити животне средине: антропоцентрично, екоцентрично и ресурсно-економско учење. Антропоцентрично схватање поставља човека у средиште еколошкоправне заштите и за њен циљ поставља човеково благостање. Штити се и чува човеково животно окружење, како би се омогућио опстанак и несметани и пуни развој човекове личности (Омејес, 2003: 35). Антропоцентрично виђење предмета и сврхе еколошкоправне регулативе има велики број присталица и „уткано“ је у бројне документе посвећене заштити животне средине, на међународном плану и на нивоу националних правних система (Ракић Водинелић, 1995: 257–259, 265). У овом контексту, говори се и о праву човека на животну средину одговарајућег квалитета, као праву тзв. треће генерације (Ракић Водинелић, 1995: 258–259, Moliner-Dubost, 2015: 58–61, Тодић, Милићевић, 1995: 282–285).

У средишту реглементације, по екоцентричном учењу, налази се животна средина, која се посматра као засебан ентитет, вредност по себи, са сопственим идентитетом и постојањем и трајањем, које је под снажним утицајем човека (Омејес, 2003: 35, Ракић Водинелић, 1995: 258). Услед тога, животна средина, као засебно „биће“, заслужује посебну заштиту у односу на човека. У том контексту се говори о више идеја – идеји о правном субјективитету животне средине и њеним засебним субјективним правима, о дужности човека да штити природу (Moliner Dubost, 2015: 40), о ограничењу субјективних права ради заштите животне средине и добробити будућих генерација, о новом критеријуму злоупотребе права итд (Ракић Водинелић, 1995: 266). Светска повеља о природи (Charte mondiale de la nature)⁵ у преамбули прокламује да је „сваки облик живота јединствен и заслужује поштовање, независно од корисности за човека“.

Врло блиска антропоцентричној је ресурсно-економска концепција, у чијем средишту је виђење природних ресурса кроз призму њихове економске корисности за садашње и будуће генерације (Омејес, 2003: 35, Ruhl, 2007–2008: 756–762, Moliner Dubost, 2015: 50–51).

Као мултидисциплинарно, еколошко право интегрише начела, односно методе свих појединих правних области чије је сегменте инкорпорисало у

3 *Narodne novine*, 82/94, 128/99.

4 Чл. 5, ст. 1.

5 Retrieved 1, September 2018 from https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odysee-developpement-durable/files/3/1982_Charte_Mondiale_Nature_JO.pdf.

свој састав. Поред тога, оно има свој, специфичан метод, који карактеришу посебна начела. У правној литератури и прописима не може се наићи на две идентичне листе начела еколошког права. Овде ћемо се осврнути на она која се по општем консензусу сматрају најважнијим. То су: начело одрживог развоја (1), начело правичности и међугенерациске сарадње (2), начело интегралности (3), начело превенције и предострожности (4), начело очувања природних вредности (5), начело одговорности загађивача и његовог правног следбеника (6), начело „загађивач плаћа“ (7) и начело „корисник плаћа“ (8).

1) Начело одрживог развоја изискује усклађивање економског развоја са потребом заштите животне средине и очувања еколошке равнотеже. Закон о заштити животне средине Републике Србије дефинише одрживи развој као „усклађени систем техничко-технолошких, економских и друштвених активности у укупном развоју у којем се, на принципима економичности и разумности, користе природне и створене вредности (...) са циљем да се сачува и унапреди квалитет животне средине за садашње и будуће генерације“⁶.

2) Начело правичности и међугенерациске солидарности подразумева правичност у расподели „еколошких добара“ и „еколошких терета“ између садашњих и будућих генерација. Нагласак је на захтеву рационалног коришћења природних ресурса и, уопште, рационалног „трошења“ капацитета животне средине, како би се добробит од њених ресурса правично расподелила између различитих нараштаја човечанства. Оно подразумева такав приступ животној средини који ће омогућити што дуже очување и репродуковање свих њених сегмената – како природних, тако и оних који су људска творевина (Николић, 2011: 303, Виг et al., 2011: 52–53, Pederson, 2010: 27–29).

3) Начело интегралности значи захтев интегрисања еколошке политике у све друге секторске политике. Ту се, првенствено, мисли на еколошку политику ЕУ, што подразумева, најпре, хармонизацију националних прописа у области заштите животне средине са еколошким правом ЕУ, а потом, координисану примену тих прописа. Сагласно овом начелу, заштита животне средине, као општег добра човечанства, остварује се и кроз међудржавну сарадњу (Николић, 2011: 303, Виг et al., 2011: 45–46).

4) Начело превенције и предострожности односи се, првенствено, на процену ризика и управљање ризиком (Pedersen, 2010: 30). У Закону о заштити животне средине Републике Србије „пресликан“ је чл. 15 Рио

⁶ Чл. 9, тач. 4 Закона о заштити животне средине, *Сл. гласник РС*, 135/04, 36/09 - др. закон, 72/09 - др. закон, 43/11 - одлука УС.

декларације⁷: „Непостојање пуне научне поузданости не може бити разлог за непредузимање мера спречавања деградација животне средине у случају могућих или постојећих значајних утицаја на животну средину.“ Инструмент реализације овог начела је процена утицаја на животну средину, која претходи одобрењу било каквог пројекта активности или делатности који могу утицати на промене у животној средини.

Закон о заштити животне средине налаже планирање и спровођење било које активности уз проузроковање што мањих промена у животној средини, уз минимум ризика по животну средину и здравље људи, и да се сваки могући утицај на животну средину спречи или ограничи на самом извору загађивања⁸.

5) Начело очувања природних вредности налаже рационално коришћење необновљивих природних ресурса и обнављање обновљивих ресурса (Виг et al., 2011: 44) и конкретизује се у низу посебних прописа намењених заштити појединих сегмената животне средине: пољопривредног земљишта, вода, шума, гео и биодиверзитета, културне баштине итд.

6) Начело одговорности загађивача и његовог правног следбеника. Овде се ради о поствентивној одговорности физичких и правних лица за повреде нанете животној средини и ово начело подразумева обавезу загађивача, односно његовог правног следбеника да „отклони узрок загађења и последице директног или индиректног загађења животне средине“⁹.

Свака промена титулара права својине на извору, односно узроку загађења, повлачи обавезну „процену стања животне средине и одређивање одговорности за загађење животне средине, као и намирење дугова (терета) претходног власника за извршено загађивање и/или штету нанету животној средини“¹⁰.

7) Начело „загађивач плаћа“. По овом начелу, загађивач животне средине, а не држава, односно друштво, сноси трошкове свих мера превенције и умањења загађења животне средине и, уопште, трошкове свих мера и активности у борби против загађења¹¹, (Moliner Dubost, 2015: 91).

7 Retrieved 1, September 2018 from http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF.

8 Чл. 9, тач. 2 Закона о заштити животне средине, *Сл. гласник РС*, 135/04, 36/09 - др. закон, 72/09 - др. закон, 43/11 - одлука УС.

9 Чл. 9, тач. 5 Закона о заштити животне средине, *Сл. гласник РС*, 135/04, 36/09 - др. закон, 72/09 - др. закон, 43/11 - одлука УС.

10 Чл. 9, тач. 5 Закона о заштити животне средине, *Сл. гласник РС*, 135/04, 36/09 - др. закон, 72/09 - др. закон, 43/11 - одлука УС.

11 чл. L 110-1. Code de l'environnement, Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220&dateTexte=20180827>.

8) По начелу „корисник плаћа“, свако коришћење природних вредности кориснику намеће обавезу плаћања цене тог коришћења и рекултивације простора.

3. Појам и функције права својине

По схватању права својине, које овде означавамо „класичним“, због ослањања на наслеђе римског права, у средишту права својине су господарење и власт над објектом, и потпуно искључивање спољног света, оличеног у „трећим лицима“, из сфере овог права. Оно је најкрystalније и најјезгровитије исказано у Грађанском законнику Француске (C. civ.)¹², који је претрпео скорашње измене (2015–2018), али је дефиниција права својине остала идентична оној из 1804. године: „Својина је право уживања и располагања стварима на најапсолутнији начин, под условом да се не врши употреба забрањена законима и уредбама.“¹³ Својина је схваћена као језгро човекове личне слободе и *conditio sine qua non* развоја и благостања људске индивидуе (di Robilant, 2013: 923–924). Већина грађанских законика и закона у Европи следи „класични“, индивидуалистички модел права приватне својине. Тако, у Грађанском законнику Немачке (BGB)¹⁴ предвиђено је да власник ствари може ову користити по свом нахођењу и искључити сваког од утицаја на њу, у границама одређеним законом и правима трећих лица¹⁵. По Грађанском законнику Швајцарске (CCS)¹⁶, власник ствари има право да њоме располаже, у границама одређеним законом, да виндицира ствар од сваког код кога се она нађе, и да се успротиви свакој узурпацији¹⁷. Грађански законик Луксембурга¹⁸ дефинише, у чл. 544, својину као право „уживања и располагања стварима, под условом да се не врши употреба забрањена законима или уредбама, и да се не узрокују прекомерне суседске сметње којима се нарушава равнотежа између једнаких права.“

12 Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180827>.

13 Чл. 544 C. civ-a.

14 Retrieved 1, September 2018 from https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p.

15 §903 BGB-a.

16 Retrieved 1, September 2018 from <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html#a641>.

17 Чл. 641 CCS-a.

18 Retrieved 1, September 2018 from <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20180401>.

По Закону о основама својинскоправних односа Републике Србије¹⁹, право својине обухвата овлашћење држања, коришћења и располагања стварју у границама одређеним законом, и под условом неповређивања права својине другог лица²⁰.

Нацртом Грађанског законика Републике Србије²¹, својина је дефинисана као „најшире право физичког или правног лица да ствар по свом нахођењу држи, употребљава, прибира плодове и друге користи од ствари и да њоме располаже у границама закона²². Такође је предвиђена и претпоставка неограничености права својине: „Сматра се да право својине није ограничено ни у погледу садржине, ни у погледу трајања. Ограничење права својине у корист другог лица или у јавном интересу дужан је доказивати онај ко тврди да такво ограничење постоји“²³.

Унутар овог индивидуалистичког и „апсолутистичког“ модела права својине, ствари имају само прометну и употребну вредност (Гамс, 1987: 70), а аутономија воље власника представља „modus vivendi“ права својине и њеног објекта (Гамс, 1987: 77). Њему је појам еколошке вредности ствари потпуно стран. Својина је једна од манифестација слободе појединца уопште, па и у приватном праву (Гамс, 1987: 84–86). Поред ове њене улоге, која претходи свакој функцији, може се рећи да се као прва функција права својине појављује њена економска функција (Гамс, 1987: 17).

Либерално-индивидуалистичком концепту „свемоћи“ власника поводом ствари супротставља се идеја социјалне везаности права својине, као реакција на негативне друштвене последице те „свемоћи“ (Агостини, 1986: 471–475, Gavella, 1991: 354–356, Лазић, 2004: 64–68). Идеја социјалне везаности права својине је најпре била формулисана од стране проф. Леона Дигија, у серији предавања одржаних у Буенос Ајресу, 1911. године: „Својина није право, већ социјална функција“ (Mirow, 2010: 195). Затим, 1919. године, она добија нормативну вредност и израз у чувеној одредби чл. 153, ст. 3 Вајмарског Устава: „Својина обавезује. Њено вршење треба да служи општем добру.“ У освит Другог светског рата, који сведочи и различитим облицима злоупотребе начела социјалне везаности права својине од стране национал-социјалистичких и фашистичких режима (Стојановић, 1963: 16), појављује се и тзв. „теорија дрвета“. По овом учењу, својина се може представити као разгранато дрво, чије стабло чине

19 *Сл. лист СФРЈ*, 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/2005 - др. закон.

20 Чл. 3.

21 Retrieved 1, September 2018 from <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

22 Чл. 1694.

23 Чл. 1696.

„класична“ својинска овлашћења, „појачана“ социјалном функцијом, као извором различитих обавеза за власника. Гране тог стабла формирају различити својински режими, условљени природом, значајем и функцијама конкретног објекта права својине (di Robilant, 2013: 872). У овом концепту права приватне својине, социјална везаност је у самој његовој сржи, а не споља, као ограничење, и, зависно од објекта тог права, може имати конкретизације, различите по садржини и интензитету. Социјална функција права својине отеловљује различите и бројне вредности, међу којима су примарне: правична дистрибуција ресурса, производна ефикасност и одговорно управљање ресурсима (di Robilant, 2013: 872). Овоме треба додати и новија тумачења социјалне везаности права својине, по којима је његова улога и у томе да допринесе развоју личности, не само власника, већ свих чланова једне друштвене заједнице (Alexander, 2009: 774–775). „Декларација прогресивне својине“ прокламује да право својине отеловљује вредности које се „традиционално“ везују за господарење стварима, као што су индивидуални интереси, жеље, потребе, али укључује и друштвене вредности, као што су добробит животне средине, грађанска одговорност власника и међуљудски односи у којима се људи односе једни према другима са поштовањем и уважавањем (Alexander, Penalver, Singer, Underkuffler, 2009: 743). „Вредности које промовише својина укључују живот и развој индивидуе, заштиту физичке сигурности, могућности стицања знања и вршења избора и слободу сваког да живи свој живот. Оне подједнако укључују богатство, срећу и друге аспекте индивидуалног и друштвеног благостања“ (Alexander et al., 2009: 743). Вршење права својине у концепцији „прогресивне својине“ изискује „врлину, нарочито скромност, и свесност о последицама вршења тог права по друге, укључујући будуће генерације и природно окружење и остали живи свет, поред људских бића“ (Alexander et al., 2009: 743–744).

У Нацрту Грађанског законика Републике Србије предвиђено је, у чл. 1698, да „својина обавезује правно, друштвено и морално, те је сопственик, приликом вршења свог права дужан да поступа са потребним обзирима према општем (јавном) интересу и правима и интересима других лица која нису у супротности са његовим правом.“

4. Право својине у оквирима еколошког права

Начела и прописи еколошког права, у хипотетичкој примени на конкретне животне ситуације, могу вршити снажан притисак на право приватне својине. Начела одрживог развоја, правичности и међугенерациске солидарности и очувања природних вредности, власнику, кроз различите

конкретизације, „намећу“ рационално и друштвено одговорно коришћење ресурса у његовој својини, било да се ради о малој земљишној парцели на којој одлаже кућно смеће, пољопривредном земљишту, фабрици или посластичари. Вршење сваког својинског овлашћења мора бити подређено равнотежи између искоришћавања ствари и уживања плодова од њих, на једној страни, и очувања капацитета животне средине и њених ресурса за потребе будућих генерација, на другој.

У оквиру сваке од трију наведених концепција о циљу еколошког права (антропоцентричној, екоцентричној и ресурсно-економској), могуће је разматрање одговарајуће позиције права својине. У антропоцентричној долази до изражаја то својство права својине да је еманација и услов човекове личне слободе. У екоцентричној концепцији долази до изражаја тзв. еколошка функција права својине, док у ресурсно-економској у први план избија њена економска функција.

Начело интегралности захтева од власника да у сваки пројекат коришћења и располагања стварима које имају одређену економску вредност укључи основне циљеве еколошке политике државе чијим се прописима потчињава у вршењу права својине. Сличне обавезе и терете намеће и начело превенције и предострожности, с тим што се ради о ограничењима која су у већој мери конкретизована. Тако је власник ствари коју жели, или које жели усмерити у одређене сврхе, а ради се о пројекту за који је по закону обавезно извршити процену утицаја на животну средину, ограничен претходним спровођењем поступка те процене у вршењу својинских овлашћења²⁴. Такође, свако заинтересовано лице може покренути механизме превентивне заштите, уколико од одређеног вида употребе ствари потиче опасност по животну средину²⁵. На ово се надовезује поствентивна одговорност за повреде нанете животної средини, која произилази из начела одговорности загађивача и његовог правног следбеника.

На свако неуважавање основних постулата еколошког права у вршењу права својине, или на њихово директно вређање, надовезују се одређене правне санкције (грађанскоправне, прекршајне и кривичноправне).

Друго, постоје ствари чија је друштвена вредност препозната врло рано у историји човечанства, и поводом којих је својина подвргнута ограничењима, којима је, са развојем еколошке свести, придодат „терет“

24 Чл. 1–5 Закона о процени утицаја на животну средину Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 135/04, 36/09.

25 Чл. 156 Закона о облигационим односима Републике Србије, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 59/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93.

еколошкоправних ограничења. Такве ствари су, нпр., шуме и шумско земљиште, пољопривредно земљиште, културна добра итд. Стварање обрадивог земљишта је процес који, праћен пољопривредном производњом, у великој мери доприноси загађењу земљишта и деградацији животне средине (Понтинг, 2009: 260–264). Пољопривреда је основна привредна грана и главна полуга настанка и развоја савремене цивилизације. У првобитним седелачким друштвима први облици свести о својинском односу према природи појавили су се са пољопривредном производњом (Понтинг, 2009: 62). Земљиште је ресурс који се сматра необновљивим, с обзиром да је веома осетљив ресурс за чије стварање је потребан дуг период. Оно је можда и најосетљивији део природе, будући да се сви „екосистеми природно развијају на начин који штити земљиште од ког зависе“ (Понтинг, 2009: 25–26). За земљиште се везује низ значајних еколошких функција, као што су производња биомасе и филтрирање и складиштење хранљивих материја, воде и угљеника (Moliner-Dubost, 2015: 252). Како је пољопривредно земљиште вештачки створени тип земљишта, а имајући у виду све катастрофалне последице по животну средину које се надовезују на ову чињеницу, вршење својине на овим непокретностима мора бити под будним оком сваке друштвене заједнице (Виг – Гајинов, 2011: 89–94, Medvedović, 2003: 130–143).

Позната је способност различитих врста дрвећа да апсорбују и неутралишу неке видове загађења. Такође, шумска популација је извор биодиверзитета и заштита за земљиште. Вегетација је носилац ланца исхране (Понтинг, 2009: 23, 400–403, Виг et al., 2013: 114). „Притисак“ правних правила на право својине на шумама и шумском земљишту је веома велики, због огромног значаја ових природних заједница за очување и репродукцију живота на земљи (Виг et al., 2011: 113–122, Medvedović, 2003: 122–126).

Треће, институт грађанскоправне заштите од прекомерних имисија, који се традиционално везује за право својине, у многим правима и непосредно, у оквиру суседскоправних ограничења, хипотетички може допринети заштити животне средине (Godfrin, 2009: 16–17). Међутим, истраживања су показала да тај допринос постоји већином само у хипотези, а тамо где га има, занемарљиво је мали. У позадини је одувек била лоша процена једне шире заједнице, да су капацитети животне средине несагледиви и да привредном развоју треба ставити на располагање што је више могуће средстава и механизма (Brenner, 1974: 403). Често је та лоша процена и нормативно потврђена. Дobar пример су различити прописи којима се ограничава дoмет грађанскоправне заштите од прекомерних имисија у корист великих загађивача животне средине (Godfrin, 2009: 17–18).

5. Еколошка функција права својине

Признавањем еколошке вредности појединим стварима, праву својине додељује се еколошка функција. Својина поводом еколошки вредних ствари је поливалентно стварно право. Еколошка вредност ствари може бити позитивна или негативна. Позитивну еколошку вредност имају ствари које су од непосредног значаја за еколошку равнотежу (као што су шуме), док негативну еколошку вредност имају ствари које су подобне да угрозе ту равнотежу, односно било који елемент животне средине (нпр. аутомобил или постројење за прераду нафте). Неке ствари могу имати позитивну или негативну еколошку вредност, зависно од начина на који се користе (нпр. пољопривредно земљиште). Еколошка функција права својине може се посматрати као један сегмент њене социјалне функције. Међутим, због општег занемаривања тог њеног важног сегмента, неопходно је да се посматра као засебна функција овог, најобухватнијег и „најмоћнијег“ од стварних права. “Под својином енглеско право подразумева не само физичке атрибуте и производни капацитет ствари, већ и сноп права и дужности, привилегија и обавеза. Једна од тих обавеза је да се не загађује суседов ваздух” (Brenner, 1974: 405). Грађански законик Бразила из 2002. године предвиђа: „Право својине мора се вршити у складу са његовом економском, социјалном и еколошком функцијом, тако да се очувају флора и фауна и природне лепоте, као и еколошка равнотежа и историјска и уметничка баштина, тако да се спречи загађење ваздуха и воде, у складу са правилима посебних закона“ (Vera, 2006: 5–6).

Као „господар и власник природе“ (Декарт), човек је себе довео у предворје самоуништења. Због тога је приватна својина морала да претрпи трансформацију од „целата природе“ (Grimonprez, 2015: 539) у њеног чувара. Она је добила еколошку функцију, која се данас сматра својственом праву својине на непокретностима, а представља израз коришћења института својине као инструмента еколошке политике (Grimonprez, 2015: 539). У правној теорији се разликују два вида еколошке функције права својине: пасивна и активна еколошка функција (Grimonprez, 2015: 542). Пасивна еколошка функција подразумева трпљење ограничења својине која су прописана у еколошком праву: „еколошкоправне норме су се инкрустирале у право својине (...) и тако ограничено и репрограмирано, оно није више апсолутно и искључиво право, глорификовано у амфитеатрима“ (Grimonprez, 2015: 543). Активна еколошка функција подразумева непосредно „служење“ приватне својине циљевима еколошке политике (Betheuil, 1996: 80, Mallet-Bricout, 2014: 559), при чему се једним од најбољих начина за реализацију те функције сматра присвајање, успостављање права приватне својине на природним ресурсима: „поново освојити напуштене или угрожене

просторе, а потом њима еколошки управљати“ (Hernandez-Zakine, 2006: 8–11, Falque, 2011: 68, Grimonprez, 2015: 548). Други начин је да власници путем споразума преузму одређене “еколошке” обавезе, у виду еколошких службености или еколошких реалних терета (Trudelle, 2014: 25–53, Grimonprez, 2015: 549). Тако, француски Законик о животној средини (Code de l’environnement)²⁶ предвиђа, у чл. L 132-3, да власник непокретности може закључити уговор са правним лицем јавног или приватног права, које делује у сфери заштите животне средине, којим преузима личне обавезе, односно конституише обавезе свагдашњег власника те ствари, које имају за циљ одржавање, очување и рестаурирање елемената биодиверзитета или еколошких функција.

Други механизам остваривања активне еколошке функције права својине је обавеза власника да спречава загађење или га отклања, а реализује се кроз његову одговорност за загађење коме је извор на његовој непокретности. Тако, поменути Законик о животној средини предвиђа да, у случају загађења или ризика загађења земљишта, које представља опасност по јавно здравље, сигурност и чистоћу, и по животну средину, надлежни државни орган може спровести неопходне радове о трошку одговорног лица, у крајњој линији, власника непокретности. Такође, може наложити пружање одговарајуће суме обезбеђења тих трошкова. Под одређеним условима, непокретност може бити и експроприсана²⁷. Устав Бразила предвиђа могућност експропријације пољопривредног земљишта на ком својина не остварује еколошку функцију, при чему су прецизирани и захтеви које тзв. „рурална својина“ мора испунити да би се сматрало да је остварила ту функцију, међу којима су: 1. рационално и адекватно коришћење пољопривредног земљишта, 2. адекватна употреба расположивих природних ресурса и 3. очување животне средине (Vera, 2006: 5–6).

6. Закључак

За сада се однос права својине и животне средине одвија под знаком неједнаких снага. Тај однос снага је, претежно, постављен на штету животне средине, мада са јачањем свести о тој чињеници и право приватне својине буде, ту и тамо, изложено економски претераном стезању.

Могући су различити модалитети „помирења“ права својине и основних постулата еколошког права. Једно решење за нарушену равнотежу између права својине и животне средине било би конципирање права својине

26 Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220>.

27 Чл. L 556-3.

као поливалентног стварног права, применом одговарајуће комбинације казуистичког метода са методом апстрактне генерализације. То би, пре свега, значило измењени појам права приватне својине, којим би биле уважене реалне трансформације које својини намеће друштвена стварност. Потребно је трагати за концепцијом права својине која интегрише и њену еколошку функцију. Тај измењени појам би требало да укључи и обавезе власника (нпр. обавеза да се очува еколошка вредност ствари, тако што ће се њена супстанца штедети, обавеза поштовања непосредне животне средине суседа итд.). Потом, неопходно је применом казуистичког метода, у грађанском законнику, који садржи поменути измењени појам својине, регулисати одређене типичне случајеве конкретизације еколошке функције права својине. Добра страна овог решења огледа се у томе што би, кроз измењени појам права приватне својине садржан у једном грађанском кодексу, било осигурано укључивање еколошке функције својине у свако поље примене овог правног института. Верујемо да би основни приговор оваквом приступу у регулисању права својине био онај економски: на тај начин угушићемо сваку приватну иницијативу. Сматрамо да оваква опасност не постоји уколико се од самог почетка, „на извору“, одредимо да приватну својину учинимо пријатељем животне средине. Тиме, овај правни институт, који је једна од полуга привредног развоја, чинимо још кориснијим за друштво, с обзиром на то да деградација животне средине повлачи много веће економске губитке него поштовање еколошкоправних ограничења својине, и огромну и несагледиву будућу штету. Такође, ако се у самом појму приватне својине „осигура“ њена еколошка функција, омогућава се превенција, што представља најбољи приступ заштити животне средине, и, уопште, свих друштвених вредности, а уткана је и у начела еколошког права.

Други приступ учвршћивању еколошке функције права својине је изложени модел француског права: промовисање приватносвојинског управљања природним ресурсима и, уопште, различитим сегментима животне средине; регулисање, у оквиру еколошкоправног законодавства, еколошких стварних службености и еколошких реалних терета; могућност експропријације непокретности у одређеним случајевима угрожавања и повређивања животне средине. Иако на први поглед ови институти могу деловати инхибирајуће на вршење права својине, они, у крајњој линији, доприносе повећању његове продуктивности и корисности, и за самог титулара и за друштво у целини.

Резултати су приближно једнаки у примени оба модела, с тим што други модел делује мање „инвазивно“ у односу на право приватне својине, с обзиром на то да не дира непосредно у њен појам. Он је у француском

праву више од два века исти, иако је у овом правном систему врло жива еколошка функција права својине.

Литература/References

Агостини, Е. (1986). Сасушивање права својине у Француској. *Анали Правног факултета у Београду*. 5. 470–479.

Alexander, G. S. (2009). The Social Obligation Norm in american Property Law. *Cornell Law Review*. 94. 745–819.

Alexander, G. S., Penalver, E. M., Singer, J. W., Underkuffler, L. S. (2009). A Statement of Progressive Property. *Cornell Law Review*. 94. 743–744.

Bétheuil, D. (1996). Droits de propriété et environnement. *Vorrier de l'Environnement de l'INRA*. 28. 79–81.

Brenner, J. F. (1974). Nuisance Law and the Industrial Revolution. *The Journal of Legal Studies*, 2 (3). 403–433.

Vera, F. S. (2006). The Social Function of Property Rights in Brazil. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers*. Retrieved 10, May 2018 from <http://escholarship.org/uc/item/0tp371x9>.

Виг, З., Гајинов, Т. (2011). *Стање и перспективе еколошкоправне регулативе у Србији*, Нови Сад: Универзитет „Singidunum“, Факултет за европске правно-политичке студије.

Gavella, N. (1998). Ograničenja prava vlasništva. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 2. (19). 351–362.

Гамс, А. (1987). *Својина*. Београд: Универзитет у Београду, Институт друштвених наука, Центар за филозофију и друштвену теорију.

Godfrin, G. (2009). Trouble de voisinage et responsabilité environnementale. *Annales des mines – Responsabilité et environnement*. 54(2). 16–22.

Di Robilant, A. (2013). Property: A bundle of Sticks or a Tree? *Vanderbilt Law Review*. 869–932.

Krämer, L. (2012). *EU Environmental Law*. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters.

Лазих, М. (2014). Приватна својина – ограничења и гаранције. *Правни живот*. 10. 61–75.

Mallet-Bricout, B. (2014). Propriété, affectation, destination. Réflexions sur les liens entre propriété, usage et finalité. *Revue juridique Thémis*. 48 (2). 537–578.

Medvedović, D. (2003). Zaštita nekih djelova okoliša u hrvatskom pravnom sustavu. У О. Lončarić Horvat (Прир.), *Pravo okoliša* (стр. 95–177). Zagreb: Ministarstvo zaštite okoliša i prostornog uređenja, Organizator.

Mirow, M. C. (2010). The Social Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem and Others, *Florida Journal of International Law*. 22. 191–226.

Moliner-Dubost, M. (2015). *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz.

Николић, Д. (2011). Право животне средине као наставна и научна дисциплина. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 299–311.

Омејес, Ј. (2003). Uvodna i osnovna pitanja prava okoliša, У О. Lončarić Horvat (Прир.), *Pravo okoliša* (стр. 23–94). Zagreb: Ministarstvo zaštite okoliša i prostornog uređenja, Organizator.

Pedersen, O. W. (2010). Environmental Principles and Environmental Justice. *Environmental Law Review*. 12. 26–49.

Понтинг, К. (2009). *Еколошка историја света*. Београд: Одисеја.

Ракић Водинелић, В. (1995). Еколошко право као право човека. *Правни живот*. 9. 245–266.

Ruhl, J. B. (2007-2008). Making Nuisance Ecological. *Case Western Reserve Law Review*. 3 (58). 753–785.

Стојановић, Д. (1963). *Позитивно-правна ограничења приватне својине*. Београд: Институт за упоредно право.

Тодић, Д., Милићевић, Г. (1995). Право на здраву животну средину. *Правни живот*. 9. 281–289.

Trudelle, J. (2014). *La servitude de conservation et la protection durable des milieux naturels au Quebec: Constats et recommandations*. Sherbrooke: Université de Sherbrooke.

Falque, M. (2008). Les droits de propriété au coeur de la protection environnementale. *Sociétal*. 71. 61–74.

Hernandez - Zakine, Z. (2006). *Le patrimoine commun et la propriété privée ou comment établir les droits et les devoirs de chacun - l'exemple de l'accès à la nature*. Retrieved 01, September 2018 from <https://www.droit-rural.com>.

Грађански законик Француске (C. civ.), Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Грађански законик Немачке (BGB), Retrieved 1, September 2018 from <https://www.gesetze-im-internet.de>

Грађански законик Швајцарске (CCS), Retrieved 1, September 2018 from <https://www.admin.ch>.

Грађански законик Луксембурга, Retrieved 1, September 2018 from <http://legilux.public.lu>

Закон о заштити животне средине. *Службени гласник РС*. Бр. 135 (2004), 36 (2009), 36 (2009) - др. закон, 72 (2009) - др. закон и 43 (2011) - одлука УС.

Закон о процени утицаја на животну средину. *Службени гласник РС*. Бр. 135 (2004), 36 (2009).

Закон о облигационим односима Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 59 (1989), *Службени лист СРЈ*. Бр. 31 (1993).

Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 6 (1980) и 36 (1990), *Службени лист СРЈ*. Бр. 29 (1996) и *Службени гласник РС*. Бр. 115 (2005) - др. закон.

Законик о животној средини - Code de l'environnement, Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Закон о заштити околиша. *Narodne novine*. Бр. 82 (1994), 128 (1999).

Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Retrieved 1, September 2018 from <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

Светска повеља о природи (Charte mondiale de la nature), Retrieved 1, September 2018, from https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/3/1982_Charte_Mondiale_Nature_JO.pdf.

Устав Републике Француске, Retrieved 1, September 2018, from <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. 98 (2006).

Рио декларација о животној средини и развоју, Retrieved 1, September 2018 from http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF.

Milica Vučković, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

THE OWNERSHIP RIGHT AND PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

Summary

The ownership and the environment live in constant unbalanced interaction. The ownership is being changed while changing the environment. Basic principles and rules of the Environmental Law can be a great pressure for property. In every of three conceptions of the aim of the Environmental Law (antrophocentric, ecocentric and resource-economic conception), it is possible to draw upon certain position of the ownership right. In antrophocentric view, one can see a trait of ownership to be emanation and condition of human freedom. In the ecocentric view, we can talk about the ecological function of ownership, and in resource-economic perception, we can see its economic function. Through the recognition of ecological value of certain things, we acknowledge the ecological function of ownership. The ownership of ecologically valuable things is polyvalent real right. Ecological value of a thing can be positive or negative. Ecological function of ownership can be perceived as a part of its social function. But, because of general neglect of it, it is necessary for ecological function to be separate and distinct function of ownership right.

Keywords: *ownership right, environment protection, private nuisance, Environmental law.*

Мр Тијана Баћовић,*
Правни факултет
Универзитет у Источном Сарајеву

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881399B

UDK: 347.472(497.6)
Раđ примљен: 29.09.2018.
Раđ прихваћен: 04.11.2018.

РАЗЛОЗИ ЗА ОПОЗИВ УГОВОРА О ПОКЛОНУ ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА Ф БИХ/РС**

Апстракт: Неопозивост уговора о поклону произилази из принципа да уговор везује уговорне стране као закон. Међутим, због добродичног карактера овог уговора, ово начелно правило није апсолутно, с обзиром на то да је у одређеним случајевима, кад се за то испуне одређени услови, могућ и његов опозив. Нацрт Закона о облигационим односима Ф БиХ/РС низом одредаба предвиђа регулисање „Даровања“, па тако и разлога због којих се може захтијевати опозив овог уговора. Разлози за опозив које Нацрт Закона о облигационим односима ФБиХ/РС предвиђа су незахвалност даропримца, осиромашење дародавца као и неиспуњење постављеног налога или терета. С обзиром на то да Нацртом ЗОО Ф БиХ/РС нису регулисана сва питања која се постављају у вези са уговором о поклону, па тако и кад је у питању његов опозив, овим радом указује се на те недоречености, које би требало допунити прихватањем рјешења предвиђених у законима о облигационим односима бивших југословенских република, као и рјешењима прихваћеним у доктрини и судској пракси.

Кључне ријечи: уговор, поклон, опозив.

* tjanatupesa@hotmail.com

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

У циљу правне сигурности промета, уговор о поклону је по правилу неопозив, и не може се раскинути вољом само једне стране. Међутим, због добродошног карактера овог уговора, ово начелно правило није апсолутно. Када је ријеч о опозиву уговора о поклону и повраћају предмета поклоне, може се рећи да бесплатност, као правна особина поклоне и услов његовог постојања, повлачи за собом и одговарајући правни режим. Правила која важе код раскида поклоне разликују се од правила која важе код раскида теретних уговора, с обзиром на то да код уговора о поклону не важи принцип еквиваленције.

У праву Републике Српске уговор о поклону није адекватно регулисан. Иако Закон о облигационим односима не регулише уговор о поклону, он се пуноважно закључује, а проблеми који настају у пракси захтијевају да судови и даље примјењују правила бивших грађанских законика. Међутим, одредбе општег дијела Закона о облигационим односима, којима се регулишу правни послови или уговори без накнаде, као и одредбе Закона о облигационим односима, које се односе на све уговоре, примјењују се и на уговор о поклону. Одредбе о поклону налазе се и у Закону о насљеђивању, Закону о нотарима, као и у Породичном закону Републике Српске.

У Републици Српској је Нацртом Закона о облигационим односима Федерације Босне и Херцеговине / Републике Српске предвиђено регулисање овог уговора, тако да је „Даровање“ уврштено у посебни дио Нацрта 300 и на њега се примјењују и одређена правила из општег дијела.¹

Предмет овог рада биће разлози за опозив уговора о поклону предвиђени Нацртом 300 Ф БиХ/РС. Позитивно-правни метод, као полазна методолошка основа, примијениће се са циљем да се детаљном анализом истраже законска рјешења у националном законодавству, док ће примјена компаративног метода у овом раду послужити ради изналажења и навођења појединих рјешења у упоредном праву, како би се утврдиле сличности, али и разлике у регулисању исте проблематике у различитим правним системима.

2. Опозив уговора о поклону

Раскид уговора о поклону прије свега може бити дјело сагласности воља уговорника. Споразумни раскид уговора о поклону могућ је у случају када уговор о поклону није у потпуности извршен, односно када се поклон

1 Нацрт Закона о облигационим односима Федерације Босне и Херцеговине / Републике Српске, чл. 704–716.

закључује без предаје ствари. У случају да је уговор о поклону потпуно извршен, споразум о његовом раскиду значи уствари нови уговор о поклону у коме су улоге страна промијењене. Правило је да споразумни раскид нема повратно дејство, па поклонодавац не може захтијевати повраћај онога што је већ дао, уколико то није уговорено, а даља обавеза испуњења у будућности у случају споразумног раскида се гаси. Споразумни раскид уговора о поклону, да би произвео правна дејства, не смије бити у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима (Перовић, 1973: 435; Милутиновић, 1988: 1763).

Пошто бивша правна правила начелно не дозвољавају опозив уговора о поклону, то произилази да споразумно раскидање није могуће уговорати. Међутим, сматра се да се таква ограничења из бивших правних правила и ослонац на њих не само у рјешавању спорова већ и код конструисања односа, не могу узимати у обзир. У примјени на уговор о поклону су првенствено одредбе Општег дијела Закона о облигационим односима² које се заснивају на принципу слободе уговарања или аутономије странака чији је саставни елемент и слобода споразумног раскидања уговора (Мораит, 2010: 293). За разлику од споразумног раскида, поставља се питање да ли је могуће уговорити одредбу којом поклонодавац резервише за себе право да једнострано опозове уговор о поклону? Према једном становишту, уговорне стране могу и једнострано раскинути уговор, уношењем у уговор одредбе којом се, било уз испуњење каквог услова, било по слободној оцјени, поклонодавцу даје право на једнострано раскид уговора, и то како до извршења уговора, тако и после његовог извршења. Таква одредба не смије бити супротна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима (Лоза, 1969: 625; Перовић, 1973: 435). Тако се у Скици за законик о облигацијама и уговорима и Преднацрту Грађанског законика Републике Србије прописује да је пуноважна одредба уговора о поклону којом поклонодавац задржава за себе право на повраћај поклона уколико поклонопримац умре прије њега.³ Према супротном становишту, опозивање поклона вољом само једне стране не може се уговорити, јер се једностраном изјавом воље једног уговарача не може мијењати уговор, с обзиром на то да задржавање права на опозив према сопственом нахођењу не одговара уговорној природи поклона и занемарује разлику између

2 Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, *Службени гласник Републике Српске*, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04. У Републици Српској је извршена тзв. чиста рецепција облигационог права која се састојала у готово потпуном преузимању Закона о облигационим односима СФРЈ, те Закона о облигационим односима СРЈ у законодавни систем Републике Српске.

3 Скица за законик о облигацијама и уговорима, чл. 521; Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, чл. 679.

тестаментa као једностране, посљедње и увијек опозиве изјаве воље и уговора као сагласности двије воље које по природи ствари једна другу треба да ограничавају (Марковић, 1921: 261; Ђурђевић, 2012: 100). Српски грађански законик изричито прецизира да, ко једанпут поклон учини, не може више натраг узети, осим особитих случајева,⁴ те на тај начин ограничава аутономију воље самих странака.

Поред могућности раскида уговора о поклону предвиђених самим уговором, скоро сва законодавства предвиђају случајеве када поклонодавац по закону има право да захтијева опозив поклона и повраћај датог. С обзиром на то да се ради о специфичном уговору који се заснива из хуманих и племенитих мотива, разумљиво је да је законодавац предвидио и могућност његовог опозива када се за тако нешто испуне одређени услови. У том случају поклонопримац је дужан да примљени поклон врати поклонодавцу. Грађански законици XIX и XX вијека велику пажњу посветили су овом питању, предвиђајући случајеве у којима, ако наступе, поклонодавац може опозвати поклон. Законски разлози за опозив овог уговора могу бити веома различити и по својој природи су такви да одступају од разлога за раскид теретних уговора. То управо из разлога што је поклон добротин правни посао код којег мотиви улазе у појам каузе тако да они из тог разлога могу довести до раскида уговора.

Законици нису јединствени у томе на које се случајеве поклонодавац може позвати и уговор опозвати, те предмет поклона вратити назад. Уочавају се разлике у броју разлога који се јављају као могућност за опозив, те ближем одређивању истих, тако да ћемо направити краћи осврт на упоредноправне разлике у регулисању разлога за опозив уговора о поклону. Разлози опозивања поклона леже у његовој природи бестеретног располагања. У законодавству, право на опозив обично припада поклонодавцу, а с друге стране и одређеним трећим лицима. У зависности од тога ко има право да захтијева опозив поклона, поклонодавац или треће лице, сви разлози могу бити класификовани у двије групе. У једну групу спадају разлози који се тичу самих уговорних страна какви су незахвалност (неблагодарност) поклонопримца, недостатак средстава за живот, неиспуњење терета или налога, док разлози друге групе постоје у случају оштећења нужног дијела, повреде обавезе издржавања одређених лица, повреде права повјерилаца добротиним располагањем дужника. Ова лица имају право да захтијевају да се утврди да закључени уговор о поклону не производи правно дејство у односу на њих у обиму којим је повријеђено или пак угрожено њихово право.

4 Српски грађански законик – СГЗ, чл. 566.

3. Разлози за опозив уговора о поклону предвиђени Нацртом 300 Ф БиХ/РС

Нацрт 300 Ф БиХ/РС предвиђа могућност опозива прије и након испуњења даровања. Прије испуњења уговор се може опозвати ако би испуњењем уговора било угрожено нужно издржавање поклонодавца или испуњење његових законских обавеза издржавања. У случају постојања више поклонопримаца, опозив се врши обрнутим редослиједом датих обећања. У случају истовремено датих обећања, опозив се врши сразмјерно њиховој појединачној вриједности према суми вриједности свих захтјева. Одрицање дародавца од права на наведени опозив, а које је изјављено прије наступања ових претпоставки не производи правно дејство.⁵ Након испуњења даровања може доћи до опозива из сљедећих разлога: ако даропримац својим понашањем према дародавцу или неком њему блиском лицу покаже велику незахвалност, ако дародавац након учињеног даровања не може осигурати своје нужно издржавање или испуњавати законску обавезу издржавања, и ако даропримац након истека примјереног рока није испунио терет и налог, чије испуњење је захтијевало лице које је то могло захтијевати.⁶

3.1. Опозив поклона од стране поклонодавца у случају незахвалности поклонопримца

С обзиром на то да је уговор о поклону добротин правни посао, примање поклона само по себи претпоставља захвалност поклонопримца на племенитост поклонодавца. Међутим, у пракси није увијек тако, због чега је у скоро свим законцима прописана могућност опозива поклона због незахвалности или неблагодарности поклонопримца. Овај разлог за опозив уговора о поклону предвиђен је и Нацртом 300 Ф БиХ/РС.⁷

Могу постојати разни степени и облици незахвалности, који немају исту тежину и не воде ка истом циљу, па тако није свака незахвалност разлог за опозив уговора о поклону, већ само њен тежи облик, односно груба, крајња, велика незахвалност или неблагодарност. Постојање велике незахвалности је увијек фактичко питање. Велика неблагодарност је правно, а не чињенично питање у споровима ради опозивања поклона и код ове оцјене треба имати у виду све релевантне околности конкретног случаја и одређене друштвене стандарде. Битно је да се утврди крајње

5 Нацрт 300 Ф БиХ/РС, чл. 707.

6 Нацрт 300 Ф БиХ/РС, чл. 712.

7 Нацрт 300 Ф БиХ/РС, чл. 712, ст. 2.

некоректан однос поклонопримца према поклонодавцу, односно да се поступак поклонопримца може оквалификовати као груба незахвалност (Медић, 2007: 90). Ревокација поклона се у оваквим случајевима појављује као цивилна казна за неблагодарног поклонопримца (Радишић, 1957: 486).

Приликом нормирања акта незахвалности поједина законодавства захтијевају да се незахвалност испољи на такав начин да представља кривично дјело. Швајцарским законом о облигацијама, прописује се да поклонодавац може опозвати поклон када поклонопримац изврши тешко кривично дјело против поклонодавца или против неког од његовог блиских рођака, када се теже огријешу о дужности које му закон одређује према поклонодавцу или његовој породици, као и када без законског основа не извршава терете који стоје на поклону.⁸ У члану 948 Аустријског грађанског законика прописује се да се под грубом незахвалношћу подразумева таква озледа тијела, части, слободе или имовине, да се против повредитеља може поступити службено, или на захтијев повријеђеног по казненом закону. Постоје мишљења да као доказ незахвалности због које би се уговор могао опозвати мора постојати осуђујућа кривична пресуда за дјело које се гони по службеној дужности, што се оправдава правном сигурношћу уговорних односа (Лоза, 2000: 79). У овом случају поклонодавац може да опозове поклон тек после окончања кривичног поступка у којем би се установила кривична одговорност поклонопримца у односу на поклонодавца. Али ако поклонопримац искаже незахвалност на начин који не представља биће кривичног дјела, поклонодавац неће моћи да опозове уговор. Становиште да само кривично дјело доводи до опозива, појам незахвалности јако сужава и своди га на случајеве окончане у кривичном поступку (Билић, 1982: 1138).

Према другом становишту опозив поклона може услиједити у сваком конкретном случају када суд утврди да се одређене радње поклонопримца могу квалификовати као релевантне за раскид уговора, односно да је конкретан акт незахвалности такав да се за њега може рећи да је груб или да испољава велику незахвалност. Поједини законици користе општу формулацију „груба незахвалност“, без ближег прецизирања који случајеви се под тим подразумевају,⁹ док други експлицитно наводе радње поклонопримца које би се могле подвести под формулацију велика, груба или крајња незахвалност. Тако ће велика незахвалност поклонопримца нарочито постојати „када намишљено дариваоцу о глави ради, или руку

8 Швајцарски закон о облигацијама – ШЗО, чл. 249.

9 Њемачки грађански законик – ЊГЗ, чл. 530; Облигацијски закон Републике Словеније – 300 Словеније, *Урадни лист Републике Словеније*, 83/01, 32/04, 28/06, 40/07, 97/07, чл. 540; Нацрт 300 Ф БиХ/РС, чл.712, ст. 2.

нањ диже, или га иначе тешко увриједи или му навалице узрокује какву замашну штету у имовини“.¹⁰ Такво становиште прихваћено је у Закону о облигационим односима Републике Црне Горе, Закону о обвезним односима Републике Хрватске, као и Преднацртом Грађанског Законика Републике Србије, гдје се поред опште формулације опозивања уговора због велике незахвалности поклонопримца, наводе и случајеви када она нарочито постоји. Тако ће велика незахвалност постојати у случају када поклонопримац учини према поклонодавцу или неком његовом блиском лицу (дјетету, брачном другу, родитељу) кривично дјело или се теже огријешу о њима неизвршењем законом утврђене обавезе, као и када им намјерно проузрокује имовинску или неимовинску штету.¹¹

Творци Њемачког грађанског законика су одустали од принципа енумерације сматрајући да је он истовремено и сувише широк и сувише узак: наступање побројаног разлога понекад не заслужује опозив, морају се узети у обзир све околности конкретног случаја; истовремено, ниједно набрајање не може да предвиди све акте који заслужују санкцију (Nyland, 2009: 525; Цветковић, 2015: 222).

У правној теорији и законодавству не постоји јединствен став о томе да ли незахвалност треба да се односи само на личност поклонодавца или и на њему блиска лица. Према једном, релевантна је само незахвалност која се испољи директно у односу на личност поклонодавца, а не и према члановима његове породице.¹² Сродници поклонодавца не учествују у закључењу поклона, за његово постојање не морају ни знати. У једној судској одлуци стоји да претпоставка за опозив уговора о поклону због незахвалности постоји када је незахвалност исказана према поклонодавцу, а не и када је изражена према трећим лицима макар и блиским поклонодавцу.¹³

Међутим, наклоност поклонодавца према поклонопримцу може се изневјерити актима незахвалности предузетим не само лично према њему, већ и према њему блиским лицима. Огрешење о поклонодавчеве сроднике релевантно је само када се тиме истовремено крши и дужност према поклонодавцу (Nyland, 2009: 526). Тако према другом становишту, сматра се релевантним за опозив уговора и незахвалност усмјерена

10 Општи имовински законик за Црну Гору – ОИЗ, чл. 488, СГЗ, чл. 567.

11 Преднацрт ГЗРС, чл. 671; Закон о облигационим односима Републике Црне Горе – 300 ЦГ, *Службени лист Републике Црне Горе*, 47/2008, чл. 586; Закон о обвезним односима Републике Хрватске – 300 Хрватске, *Народне новине*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, чл. 494.

12 СГЗ, чл. 567; Аустријски грађански законик – АГЗ, чл. 948.

13 Врховни суд Хрватске, Рев. бр. 2154/86, Д. Лазаревић, 343.

на поклонодавцу блиска лица.¹⁴ Према Општем имовинском законуку релевантна је и таква незахвалност. Видљиво је да и Нацрт 300 Ф БиХ/РС прихвата овакав став. Сматрамо да је такво рјешење оправдано, јер се незахвалност према поклонодавцу свакако може исказати и на начин да се она испољи и према њему блиском лицу и више одговара начелу правне сигурности. По владајућем становишту судске праксе које одговара савременим схватањима, даровни уговор се може раскинути и учињени поклон опозвати ако обдарени својим понашањем према дародавцу или њему блиском лицу покаже велику неблагодарност а, да ли се ради о великој или обичној неблагодарности, цјени се према конкретним околностима сваког појединог случаја.¹⁵

Акт незахвалности може починити и лице блиско поклонопримцу. Поклон се опозива и када акт незахвалности није предузео поклонопримац лично, већ њему блиско лице (супужник или дијете), али се поклонопримац сагласио са предузетом радњом или се ставио на његову страну (Лазаревић, 2010: 193). Међутим, среће се и супротно мишљење да су поступци сродника поклонопримца према поклонодавцу ирелевантни (Лоза, 1969: 636).

Процјена незахвалности је фактичке природе, зависи од околности случаја, односа између страна и оцјењује се у свјетлу постојећих услова и важећег морала, па је промјењљива категорија по мјесту и времену (Nyland, 2009: 525). Постојање грубе неблагодарности је фактичко питање и она постоји и у оним радњама поклонопримца које не морају имати обиљежја кривичног дјела. Наша судска пракса полази од тога да се незахвалност одређује према конкретном понашању поклонопримца с обзиром на схватање средине а то понашње не мора повлачити његову кривичну одговорност. На суду је дужност да сваку фактичку ситуацију размотри. Потомци према родитељима имају законске и моралне обавезе, тако да груба повреда тих обавеза представља разлог за опозив поклона. Тако је у једном случају суд одлучио да постоји груба незахвалност ако је поклонопримац престао да се брине о поклонодавцу и да му пружа нужну помоћ, која се у таквим околностима очекује од дјече према родитељима.¹⁶ Поклонопримац који одбија да болесном и старом поклонодавцу даје потребне лекове које је у стању да прибави показује велику неблагодарност,

14 ОИЗ, чл. 488; Скица, чл. 517; ШЗО, чл. 249; Преднацрт ГЗРС, чл. 671; 300 ЦГ, чл. 586; 300 Хрватске, чл. 494; Закон за облигационите односе Републике Македоније – 300 Македоније, *Службени Весник на Република Македонија*, 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05703, 84/08, 81/09, 161/09, чл. 563; 300 Словеније, чл. 540.

15 Врховни суд БиХ, Гж. 1312/74 од 7. 11. 1974, Д. Лазаревић, 338.

16 Врховни суд БиХ, Рев.-572/89 од 19. 4. 1990 године.

што представља разлог за опозив поклона.¹⁷ У следећем случају суд је нашао да постоји незахвалност поклонопримца (сина) који је физички нападао, омаловажавао, и на други начин злостављао поклонодавца (оца).¹⁸ Погрдни изрази које је син (поклонопримац) упутио мајци (поклонодавцу) представљају грубу незахвалност предвиђену правним правилима имовинског права, као основе за опозив поклона.¹⁹ Груба неблагодарност може се исказати и у наношењу увреде части поклонодавцу посредно, тако што је поклонопримац (очух) злостављао малољетну ћерку поклонодавца из претходног брака, што се одразило на њено здравље.²⁰ Постоји неблагодарност поклонопримца када се ставља на страну свога супруга који вређа, физички напада и угрожава живот поклонодавца. Такво понашање поклонопримца представља основ за опозив уговора о поклону.²¹

Супротно овим ставовима судске праксе, постоје и одлуке којима је суд установио да не постоје разлози за опозив уговора о поклону. Тако, у једном случају суд је констатовао да ситније увреде поклонопримца извршене према поклонодавцу у њиховим међусобним препиркама изазване скривљеним понашањем поклонодавца не представљају грубу неблагодарност, те не могу послужити као основ за опозив поклона због неблагодарности.²² Исто тако, продаја поклоњене ствари не представља неблагодарност, па се због тога не може опозвати поклон. Тужилац уопште не може да ограничава туженог у томе да ли ће да прода или не поклоњену имовину, јер он о томе као власник може сам да одлучи.²³ Престанак комуникације између поклонодавца и поклонопримца сам по себи се не сматра грубом неблагодарношћу.²⁴ Истицање својинских захтјева према поклонодавцу у односу на предмет поклона по другим правним основима, као што су лично улагање или наслеђе, не представља акт грубе

17 Рјешење Врховног суда Србије Рев.– 4537/95 од 24. 10. 1994.

18 Врховни суд БиХ, Рев.– 587/89 од 24. 4. 1990. године.

19 Рјешење Врховног суда Војводине, Рев. – 959/87 од 18. 11. 1987.

20 Врховни суд Србије, Рев. – 2168/2006 од 15. 11. 2006., наведено према М. Цветковић, 239.

21 Врховни суд Србије, Рев. – 148/82, наведено према Љ. Милутиновић, 1766.

22 Врховни суд Војводине, Рев. бр. 124/85, Д. Лазаревић, 351.

23 Окружни суд у Нишу, Гж. 416/81, Д. Лазаревић, 351.

24 Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2787/2012 од 23. 7. 2012., наведено према М. Цветковић, 234.

неблагодарности.²⁵ Чињеница да се тужена удала и одселила од мајке, не може се сматрати незахвалношћу која оправдава опозив.²⁶

Теорија се дуго бавила питањем правног основа опозива поклона због учињене незахвалности. Може се закључити да су се издвојиле четири групе теорија: теорија приватне казне, теорија санкције за повреду дужности захвалности, теорија о раскидном услову и теорија каузе (Ђурђевић, 2012: 234).

Према теорији приватне казне која је настала у француској доктрини, губитак права поклонопримца на предмету поклона представља приватну казну за неблагодарног поклонопримца. Ова казна је предвиђена у искључивом интересу поклонодавца, јер је он жртва рђавог понашања поклонопримца. Због приватног карактера казне право на опозив је ненаследиво, односно тужбу за раскид може поднијети само поклонодавац, а наследици једино могу да ступе у парницу коју је поклонодавац започео прије смрти (Ђурђевић, 2012: 235).

Теорија о санкцији везује се за повреду поклонопримчеве моралне дужности захвалности. Заступници ове теорије критикују теорију приватне казне, истичући да ова теорија опозив због незахвалности не може у потпуности објаснити. Опозивање због незахвалности треба разматрати као санкцију за повреду моралне дужности која пада на поклонопримца. Та дужност није правно довољно јака да би се манифестовала позитивно и да би се њено извршење захтијевало принудним путем, али она има посредну правну санкцију која се састоји у губитку користи које је поклонопримац стекао уговором о поклону (Ђурђевић, 2012: 235).

Теорија о раскидном услову објашњава опозив због незахвалности поклонопримца истим идејама као код раскида уговора због неизвршења обавеза једне уговорне стране код двострано обавезних уговора. Присталице ове теорије истичу да код поклона дужност захвалности налаже поклонопримцу да се уздржи од одређених поступака према поклонодавцу па је из тих разлога обавеза из уговора негативна, а санкција за њену повреду јесте опозивање поклона и она је пеналног карактера. Међутим, опозивање не објашњава санкција пеналног карактера, него то што је незахвалност специфичан разлог за опозив, заснован на изричито прописаном раскидном услову (Ђурђевић, 2012: 235). Ова теорија је делимично оспорена. Код наступања раскидног услова, уговор аутоматски

25 Апелациони суд у Београду, Гж. 3752/2012 од 20. 3. 2013., наведено према М. Цветковић, 235.

26 Врховни суд Хрватске, Рев. 1073/2010-2 од 7. 2. 2012., наведено према М. Цветковић, 235.

престаје, док акт незахвалности само даје право поклонодавцу на опозив, тако да ако поклонодавац не интервенише уговор остаје на снази, а поклон код поклонопримца (Цветковић, 2015: 216).

Према теорији каузе, сваки правни посао је у извјесном смислу правна норма чију диспозицију чини кауза, без које нема ни санкције за повреду норме. Код свих правних послова повјерилац се обавезује да изврши престацију да би дужник извршио своју. У уговору о поклону поклонодавац се одриче противпрестације, али ипак поклонопримца на одређено понашање обавезује правна норма. Поклонопримац мора бити благодаран. Уколико поклонодавац доспије у стање оскудице, благодарност се претвара у дужност поклонопримца да му пружи нужна средства за издржавање. Ако поклонопримац не испуни ову дужност, поклонодавац има право да раскине уговор и да захтијева повраћај датог (Антић, 2005: 854). Према супротном становишту, дјелује да поклонопримац има обавезу према поклонодавцу јер се мора уздржати од радњи које се квалификују као незахвалност, али ипак из тог разлога поклон није двострано-обавезан уговор. Обавеза захвалности је више морална него правна. Поред тога није свака незахвалност довољна за опозив, већ само груба. Обавеза поклонопримца да не дјелује против „живота, тела, части, слободе и имања“ није само обавеза која извире из уговора о поклону, већ је општа обавеза произашла из основних начела правног поретка. Такво чињење је иначе забрањено па уздржавање није пуноважна обавеза поклонопримца. Према томе основно обиљежје поклона је настанак обавезе само за поклонодавца, то је једнострано-обавезан уговор. Одступања постоје код поклона са теретом и налогом, узајамног и мјешовитог поклона, али она нису таква да претварају уговор у двострано-обавезан и теретан (Перовић, 1973: 432; Цветковић, 2015: 217).

3.2. Опозив поклона од стране поклонодавца у случају недостатка нужних средстава за живот (осиромашења поклонодавца)

Један од разлога за опозив уговора о поклону, који предвиђа и Нацрт 300 Ф БиХ/РС, јесте и осиромашење поклонодавца.²⁷ Поклонодавац који након учињеног поклона западне у такво материјално стање да нема средстава за своје нужно издржавање или за издржавање лица које је по закону дужан да издржава, може опозвати уговор о поклону. За опозив уговора о поклону због осиромашења, захтијевају се строжији услови јер је ово једини разлог опозива поклона гдје се узимају у обзир објективне околности, односно чињенице независне од понашања поклонопримца. Опозив

27 Нацрт 300 Ф БиХ/РС, чл. 712, ст. 3.

због осиромашења након испуњења поклона је готово у свим правним системима предвиђен из моралних обзира. У оваквим ситуацијама није довољно било какво осиромашење поклонодавца. Да би наступио разлог за опозив поклона потребно је да је ријеч о знатном осиромашењу које доводи у питање егзистенцију како поклонодавца тако и лица које је по закону дужан да издржава. Према рјешењу прихваћеном у СГЗ, као и у 300 Словеније и 300 Хрватске, опозив уговора о поклону због осиромашења важи само када је угрожено лично издржавање поклонодавца,²⁸ не и случај када поклонодавац није у могућности да испуњава законске обавезе издржавања према другим лицима, док према ЊГЗ, као и 300 ЦГ, поклонодавац има ово право и у случају када није у могућности да испуњава законске обавезе издржавања према другим лицима.²⁹ ОИЗ овај разлог за опозив уговора о поклону не предвиђа. Приликом одређивања потребног осиромашења поклонодавца битна је улога суда, који ће одлуку донијети сходно природи самог случаја. Опозиву уговора о поклону због осиромашења има мјеста не само када се ради о губитку имовине, већ и када се ради о губитку могућности за обезбјеђење средстава за живот. Такав губитак постоји када је у уговору наведено да мајка поклања имовину својој ћерци да би се она о њој бринула и старала, па услијед смрти ћерке, мајка остане без такве бриге и старања.³⁰

У погледу обима опозива поклона због осиромашења поклонодавца, сусрећемо два различита рјешења. Према једном рјешењу поклонодавац може захтијевати да му се врати предмет поклона, уколико се тај предмет још налази у имовини поклонопримца, односно да се изврши апсолутни опозив поклона. У случају да предаја предмета поклона није извршена, поклонодавац ће раскинути уговор и неће имати обавезу предаје поклона.

Према другом рјешењу поклонодавцу се не даје право да изврши потпуни повраћај предмета поклона, већ само дјелимични опозив поклона. Поклонопримац задржава право на предмету поклона, с тим да има обавезу да поклонодавцу даје годишње законске камате од поклоњене суме новца и то у случају да ствар или њена вриједност још постоји, а поклонопримац се иначе сам не налази у таквој ситуацији. Уколико има више поклонопримаца, ранији је само утолико обавезан уколико прилози каснијих не достигну потребна средства за издржавање. Поклонопримац се може ослободити обавезе давања издржавања ако поклонодавцу врати предмет поклона (Перовић, 1973: 439). Предоснова Грађанског законика

28 СГЗ, чл. 567; 300 Словеније, чл. 539; 300 Хрватске, чл. 493.

29 ЊГЗ, чл. 528; 300 ЦГ, чл. 590.

30 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. – 952/78, Д. Лазаревић, 333.

за Краљевину Југославију не говори о правом опозивању поклона у случају оскудице дародавца, него му у чл. 934 даје право да тражи помоћ даропримца. Према том пропису, ако дародавац западне у такву оскудицу да му недостаје нужно издржавање, он је имао право тражити сваке године помоћ у висини законских камата од дарованог износа уколико дарована ствар или њена вриједност још постоји. Од ове обавезе даропримац се могао ослободити једино ако докаже да је и сам у оскудици, а да би давање ових камата угрозило његово властито издржавање (Медић, 2007: 90).

С обзиром на то да је овдје ријеч о објективном стицају околности на страни поконодавца, а не о субјективним чињеницама које би се могле уписати у кривицу поклонопримца, приликом опозива поклона треба водити рачуна и о интересима поклонопримца који треба да буде у таквој ситуацији да може, без опасности по своје издржавање да врати предмет поклонодавцу. Поклон се може опозвати само ако се поклон или његова вриједност још увијек налази у имовини поклонопримца, те ако се и поклонопримац не налази у оскудици у погледу свог издржавања односно издржавања лица које је по закону дужан издржавати.³¹ У супротном, поконодавац неће имати право на повраћај предмета поклона. Нацрт 300 Ф БиХ/РС се о овом питању не изјашњава. Од обавезе да врати предмет поклона поклонопримац се може ослободити ако се обавезе да ће поконодавцу исплаћивати довољна средства за живот, односно издржавање.³² У том случају сврха због које је поконодавцу дато право на опозив се испуњава, па се поклонопримац не може принудити на повраћај предмета поклона. Према рјешењу предвиђеном 300 ЦГ, 300 Хрватске, као и Приједлогом 300 БиХ³³, давалац поклона не може опозвати поклон или захтијевати поврат поклона ако се намјерно или грубом немарношћу довео у оскудицу. Нацрт 300 Ф БиХ/РС се о том питању не изјашњава, али свакако сматрамо да у оваквим случајевима од утицаја треба да буде и разлог осиромашења поконодавца, тако да, ако је до осиромашења дошло због умишљаја или крајње непажње поконодавца, не би било праведно да му се омогући да тражи опозив из овог разлога. Уговорено одрицање од опозива

31 300 Хрватске, чл. 493, ст. 2; 300 Словеније, чл. 539, ст. 2.

32 Нацрт 300, чл. 712, ст. 3; Преднацрт ГЗРС, чл. 675; Скица, чл. 518; ЊГЗ, чл. 529; 300 Словеније, чл. 539; 300 Македоније, чл. 564; 300 ЦГ, чл. 590; 300 Хрватске, чл. 493.

33 Приједлог Закона о облигационим односима БиХ. Заједнички извршни и законодавни органи сматрају да је потребно имати Закон о облигационим односима на државном нивоу, подстакнути документом Министарства иностраних послова БиХ под насловом *White paper* – Извод из бијеле књиге Европске уније. Приједлог Закона о облигационим односима БиХ из 2009. године који је требало да се донесе на нивоу Босне и Херцеговине, одбијен је у Парламентарној скупштини БиХ 2010. године.

поклона прије наступања осиромашења, као и код велике незахвалности поклонопримца нема правне важности.³⁴

3.3. Оповиз поклона због неиспуњења налога или терета

Према Нацрту 300 Ф БиХ/РС, даровање се може опозвати и ако даропримац након истека примјереног рока постављеног од стране овлаштеног на опозив није испунио терет или налог, чије испуњење је овлаштени на опозив имао право захтијевати.³⁵ Налог представља модификацију правног посла која се може уговорити само код добротних правних послова. Налог је врста дужности у сопственом интересу која постоји кад је испуњење неке дужности искључиво у интересу лица које дужност терети, тако да санкција која настаје због неиспуњења дужности огледа се у томе што лицу које дужност терети престаје неко повољно правно стање (Антић, 2013: 43). У уговору о поклону налог уствари представља одређено ограничење и дужност на страни поклонопримца. То је одредба додата обећању о даровању од стране дародавца са циљем да даропримац треба да се након извршеног даровања обавезе на неку чинидбу из поклоњене имовине (Медић, 2007: 93). Одступање од општег уговора о поклону огледа се у уговарању одређене обавезе на страни поклонопримца, тако да у том случају до закључења уговора долази само ако се прихватање поклонопримца односи и на тај терет или налог. Између вриједности предмета поклона и налога неопходно је да постоји несразмјерност. Потребно је дакле да је вриједност поклоњене ствари или права, већа од вриједности онога што је налогом установљено за поклонопримца. Када су у питању корисници налога, не постоји јединствен став, тако да једни сматрају да налог може бити уговорен у корист поклонодавца или неког трећег лица³⁶, док други истичу да корисник налога може да буде и поклонопримац, односно да налог може бити уговорен и у његовом личном интересу.³⁷ Поклонодавац може захтијевати испуњење налога постављеног у уговору о поклону, само ако је извршио своју обавезу из уговора о поклону.³⁸ Ако тај терет или налог предвиђа чинидбу према неком трећем, осим дародавца и то треће лице стиче право да захтијева испуњење тог терета или налога. У том смислу се изјаснила и судска пракса. Код уговора о даровању с налогом, треће лице у чију се корист има извршити налог, може непосредно

34 Преднацрт ГЗРС, чл. 676; 300 Македоније, чл. 566.

35 Нацрт 300, чл. 712, ст. 1.

36 Преднацрт ГЗРС, чл. 666; 300 ЦГ, чл. 581.

37 300 Хрватске, чл. 484; Приједлог 300 БиХ, чл. 633.

38 Нацрт 300, чл. 711. ст. 3; Приједлог 300 БиХ, чл. 634, ст. 2.

тражити од даропримца испуњење уговора.³⁹ Уколико је налог уговорен у јавном интересу, његово испуњење након смрти дародавца, осим његових насљедника, може захтијевати и надлежни орган. Налог у поклону мора бити могућ, што значи да је у питању радња која се може извршити, као и допуштен, дакле да није противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. Према схватању које преовладава у нашој правној доктрини, уговор о поклону у коме је уговорен недопуштен налог, сматра се као уговор о поклону у коме налог није ни уговорен (Перовић, 1973: 423; Медић, 2007: 94). Постоји и став да у том случају уговор о поклону није ни настао (Вуковић, 1964: 256). Уколико након закључења уговора о поклону наступе такве околности које доводе до немогућности испуњења налога, поклонопримац се неће ослободити обавезе ако је до немогућности испуњења налога дошло његовом кривицом. Али, ако поклонопримац није крив, сматра се да налог није ни настао. У обзир се узима само трајна немогућност, док привремена немогућност испуњења налога не ослобађа поклонопримца обавезе испуњења (Лазаревић, 2010: 143). Иако на први поглед изгледа да је налог установа без санкције, нека врста моралне, а не правне дужности, налог представља правну установу праћену санкцијом. Неиспуњење налога има дејство остварења раскидног услова (Антић, 2013: 44). Једина „правна“ разлика између њих је у томе што у случају раскидног услова правна дејства поклона престају по самом праву *ipso iure*, док када је о налогу ријеч, поклон мора бити опозван (Ђурђевић, 2012: 204). У уговору о поклону са налогом поклонодавац постаје овлашћен да уговор опозове, уколико поклонопримац не испуни своју обавезу наложену налогом. Постоји обавеза поклонодавца да поклонопримцу остави накнадни, примјерени рок за испуњење налога, па ако налог ни у накнадно постављеном року не буде испуњен, поклонодавац има право да захтијева раскид уговора. Неостваривање субјективне каузе уговора представља правни основ који оправдава опозив поклона са налогом (Ђурђевић, 2012: 206). Кауза у уговору о поклону не може се мјерити материјалним еквивалентом, јер он ту недостаје, тако да субјективна мјерила имају важну улогу, па тако побуда из које је поклонодавац учинио поклон улази у каузу уговора о поклону. Поклонодавац од поклонопримца очекује одређени степен захвалности. Поклонопримчева обавеза је трајна, он је дужан да буде благодаран до краја свог живота (Антић, 2005: 821–855). Та захвалност се код поклона са налогом изражава уједно и кроз испуњење постављеног налога од стране поклонопримца, тако да кауза уговора не би била остварена уколико поклонопримац налог не испуни. Хрватски 300 предвиђа да прималац поклона има право да одбије да

39 Врховни суд Хрватске, Рев.118/84 од 25. 4. 1984, Д. Лазаревић, 321.

испуни налог уколико вриједност поклона не покрива трошкове његовог испуњења, а разлика му се не надокнађује, као и када се налог односи на противправну радњу,⁴⁰ док је ЗОО ЦГ, ЗОО Македоније, као и Преднацртом ГЗРС предвиђено да поклонопримац има право да се ослободи наложене дужности враћањем примљеног, уколико је за извршење налога потребно више средстава него што износи вриједност поклона, као и кад је извршење налога постало отежано из било ког разлога.⁴¹

Право на опозив је лично право и гаси се смрћу поклонодавца. Међутим, у случају неизвршења налога или терета учињеног у јавном интересу, право на опозив прелази и на насљеднике поклонодавца, тако да и они могу опозвати уговор о поклону. То је предвиђено и Нацртом ЗОО Ф БиХ/РС, а и према ОИЗ у случају поклона са налогом поклонодавац или његов насљедник има право да тражи повраћај поклона уколико поклонопримац није извршио своју обавезу и то по правилима „неоправданог користовања туђим“.⁴²

Опозив се врши писменом изјавом која треба да се преда даропримцу. Након тога, дародавац или његови насљедници могу захтијевати изручење дара према прописима о поврату стеченог без основа. Опозив је искључен ако је дародавац опростио даропримцу, или ако је прошла година од тренутка у коме је овлаштеник на опозив сазнао за настанак претпоставки свога права. Уобичајени пригодни дарови, наградни дарови као и дарови учињени из захвалности не могу се опозвати.⁴³

4. Закључак

Неопозивост уговора о поклону произилази из принципа да уговор везује уговорне стране као закон. Међутим, ово правило није апсолутно, с обзиром на то да је у одређеним случајевима могућ и његов опозив. Као разлоге за опозив уговора о поклону, Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС предвиђа незахвалност даропримца, осиромашење дародавца, као и неиспуњење постављеног налога или терета.

Када је ријеч о незахвалности даропримца, Нацрт ЗОО Ф БиХ/РС предвиђа да се даровање може опозвати уколико дародавац покаже велику незахвалност. Овом општом нормом дата је прилична ширина судовима да и даље процјењују све околности случаја приликом оцјене стандарда

40 ЗОО Хрватске, чл. 486.

41 ЗОО ЦГ, чл. 581, ст. 5; ЗОО Македоније, чл. 560, ст. 5.

42 Нацрт ЗОО, чл. 713, ст. 2; ОИЗ, чл. 492.

43 Нацрт ЗОО, чл. 714; чл. 715; чл. 716.

велике незахвалности. При просуђивању да ли је поклонопримац исказао велику незахвалност судови треба да, имајући у виду специфичност односа, процјењују сваки појединачни случај. Потребно је утврдити све релевантне чињенице, као што су степен поремећености односа поклонодавца и поклонопримца, ставове једне и друге стране, општеприхваћена схватања средине и након тако утврђених чињеница одлучити да ли је степен незахвалности испољен у тој мјери да би се поклонодавцу дозволило да опозове поклон. Нацрт 300 Ф БиХ/РС предвиђа да се релевантним за опозив уговора о дару сматра не само незахвалност исказана према дародавцу, већ и незахвалност усмјерена на дародавцу блиска лица. Сматрамо да је такво рјешење оправдано, јер се незахвалност према поклонодавцу свакако може исказати и на начин да се она испољи и према њему блиском лицу, с тим што предлажемо да се ово правило коригује, тако да се одреди ко се све сматра блиским лицем поклонодавца. Да би се отклониле могуће недоумице око тога ко се све сматра блиским лицем, сматрамо да се под блиским лицима поклонодавца сматрају супружник, родитељи и дјеца.

Што се тиче осиромашења дародавца као разлога за опозив даровања, Нацрт 300 Ф БиХ/РС се не изјашњава о томе шта треба радити ако и даропримац исто тако осиромаша. С обзиром на то да је овдје ријеч о објективном стицају околности на страни поклонодавца, а не о субјективним чињеницама које би се могле уписати у кривицу поклонопримца, приликом опозива поклона треба водити рачуна и о интересима поклонопримца који треба да буде у таквој ситуацији да може без опасности по своје издржавање као и издржавање лица која је по закону дужан да издржава, да врати предмет поклонодавцу. Стога предлажемо да се оваква одредба прихвати у нашем законодавству. Нацрт 300 Ф БиХ/РС се не изјашњава ни по питању разлога осиромашења поклонодавца. С обзиром на то да постоје разлози због којих се не би могао тражити опозив поклона, сматрамо да би било добро прихватити рјешење по којем поклонодавац не може раскинути уговор и захтијевати опозив поклона ако је намјерно или грубом непажњом довео себе у оскудицу.

Сасвим је разумљиво да је један од разлога за опозив уговора о поклону који предвиђа Нацрт 300 Ф БиХ/РС, ситуација када даропримац није у примјереном року испунио терет или налог, јер је то обавеза која је за даропримца настала закључењем овакве врсте уговора о даровању. Правни основ који оправдава опозив уговора са налогом је неостваривање субјективне каузе уговора. Поклонопримац је дужан да буде благодаран до краја свог живота. Та захвалност се код поклона са налогом изражава уједно и кроз испуњење постављеног налога од стране поклонопримца. Неиспуњење налога представља разлог за опозив уговора о поклону са

налогом, јер кауза уговора није остварена. Нацрт 300 Ф БиХ/РС се не изјашњава по питању да ли даропримац има право одустати од овог уговора. Сматрамо да би то питање требало регулисати на начин да се да могућност поклонопримцу да одустане од уговора у два случаја и то ако је за извршење налога потребно више средстава него што износи вриједност поклона и ако је извршење налога постало знатно отежано. Предлажемо и рјешење према којем поклонодавац нема право захтијевати испуњење налога ако је његово испуњење постало немогуће послије склапања уговора о поклону без кривице поклонопримца.

Нацртом 300 Ф БиХ/РС није предвиђена могућност враћања поклона у случају развода или поништења брака, могућност побијања уговора о поклону од стране нужних насљедника, побијања од стране лица која имају право на издржавање, као и побијања уговора о поклону од стране повјерилаца поклонодавца. Иако су ова питања регулисана Законом о насљеђивању Републике Српске и Породичним законом Републике Српске, сматрамо да би и одредбе о овим питањима требале наћи мјесто у 300 Ф БиХ/РС.

Литература/References

- Антић, О. (2013). Налог у наследном праву. *Правна ријеч. Часопис за правну теорију и праксу*. Бања Лука.
- Антић, О. (2005). Кауза. *Правни живот* 10/2005.
- Билић, С. (1982). Опозивање поклона због незахвалности. *Правни Живот* 11/1982.
- Вуковић, М. (1964). *Обвезно право. Књига II*. Загреб.
- Ђурђевић, М. (2012). *Уговор о поклону*. Београд.
- Лазаревић, Д. (2010). *Уговор о поклону*. Београд.
- Лоза, Б. (2000). *Облигационо право II. Посебни дио*. Српско Сарајево.
- Лоза, Б. (1969). Опозив уговора о поклону због неблагодарности поклонопримца. *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1969.
- Марковић, Л. (1921). *Грађански законик са кратким објашњењима*, Геца Кон. Београд.
- Медић, Д. (2007). *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука.
- Милутиновић, Љ. (1988). Раскид уговора о поклону. *Правни Живот* 10–12/88.

Мораит, Б. (2010). *Облигационо право, Књига I, II*. Бања Лука.

Перовић, С. (1973). *Облигационо право I*. Београд.

Радишић, Ј. (1957). Ревокација поклона. *Анали Правног факултета у Београду*.

Цветковић, М. (2015). *Закључење и престанак уговора о поклону*. Докторска дисертација. Ниш. Правни факултет Универзитета у Нишу.

Hylland, R. (2009). *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford, New York.

Правни прописи

Аустријски грађански законик – превео Аранђеловић, Д. Београд, 1921.

Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору – Богишић, В. Подгорица–Београд, 1998.

Грађански Законик за Краљевину Србију – Збирка закона издавачког и књижарског предузећа Геца Кон, Београд, 1937.

Швајцарски законик о облигационим односима – Савремена Администрација, Београд, 1976.

Њемачки грађански законик – *Burgerliches Gesetzbuch nebst Einfuhrungsgesetz*. Herausgegeben von Carl Gareis, 2. Aufl. – Giessen, 1897.

Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима – Константиновић, М. Београд, 1969.

Преднацрт, Грађански Законик Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Београд, 2009.

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, Службени гласник Републике Српске, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04.

Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске / Федерације Босне и Херцеговине, са стањем на дан 16. 6. 2003.

Приједлог закона о облигационим односима Босне и Херцеговине, 2009.

Закон о облигационим односима Републике Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, 47/2008.

Облигацијски закон Републике Словеније, *Урадни лист Републике Словеније*, 83/2001, 32/04, 28/06, 40/07, 97/07.

Закон о обвезним односима Републике Хрватске, *Народне новине*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

Закон за облигационите односе Републике Македоније, *Службени Весник на Република Македонија*, 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09.

Tijana Vaćović, LL.M.

Faculty of Law,

University of East Sarajevo

**REASONS FOR CANCELLATION OF THE GIFT AGREEMENT ACCORDING
TO THE DRAFT ACT ON OBLIGATION RELATIONS OF F BiH/RS**

Summary

The inviolability of a gift contract stems from the principle that the contract binds the contracting parties as a law. However, because of the gratuitous character of this contract, this principle rule is not absolute, in certain cases, when certain conditions are met, it is possible to revoke it. The Draft Act on Obligations of the F BiH / RS has a provisions which regulate "Donation", as well as the reasons why the termination of this contract may be required. The reasons for the cancellation of the contract in accordance with the Draft Act on Obligations of the F BiH / RS are possible due to the indifference of the one who receives the gift, the impoverishment of the one who gives the gift as well as the unrealisation of the assigned order or burden. Since the draft Law on Obligations of the F BiH / RS does not regulate all issues raised in connection with the gift contract, and so with respect to its termination, this work will point to these inconsistencies, which should be supplemented by the acceptance of the solutions envisaged in the laws on the obligatory relations of the former Yugoslav republics, as well as solutions accepted in doctrine and case law.

Keywords: *contract, donation, revocation.*

Др Гордана Дамјановић,*
Асистент Правног факултета
Универзитет у Приштини
(Са привременим седиштем у Косовској Митровици)

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881419D

UDK: 347.77:179
001.894

Раd примљен: 21.09.2018.
Раd прихваћен: 10.12.2018.

(НЕ)ПАТЕНТИРАЊЕ ПРОИЗВОДА КЛОНИРАЊА

Апстракт: Патентни систем почива на деликатном међусобном односу привилегија и одговорности. Као регулаторна институција, води рачуна и о заштити јавног интереса кроз заштиту животне средине, биолошке разноликости, здравство, технолошки напредак, образовање и безбедност. Патентна заштита проналазака је посвећена промовисању иновација и конкуренције, уз истовремено обезбеђивање заштите социо економских интереса. Финансијски аспекти биотехнолошких истраживања и недостатак алтернативне заштите за инвестиције, намеће потребу за њиховом патентном заштитом. Питање које изазива посебну пажњу последњих година је, да ли треба одобрити патентну заштиту производима насталим у поступку терапеутског клонирања. Клонирање представља један од највећих изазова за човечанство јер се савремени свет налази на важној прекретници даљег развоја.

Последице клонирања, било да се оно врши у терапеутске или у репродуктивне сврхе, за сада су несагледиве. Све државе се засад једногласно залажу за забрану репродуктивног клонирања. Било би етички недопустиво да човек постане производ људске руке, као што је то толико других производа. Правно регулисање терапеутског клонирања иде, међутим, у супротном правцу у односу на репродуктивно клонирање. Поједине државе су, као што смо навели, препознале огромне могућности које пружа техника преноса језгра те су у својим законодавствима правно регулисале услове за спровођење терапеутског клонирања. И најзад, развој терапеутског клонирања није могуће зауставити, потребно је, без обзира на све препреке, што пре поставити стандарде за правно уређење овог

* gordana.damjanovic@pr.ac.rs

подручјае би требало заборавити да су сличне препреке постојале и у време када се расправљало о легалном прекиду трудноће, или о медицински асистираној репродукцији. Сва та питања донедавно су била предмет крупних и бројних расправа о етичким, религијским и другим аспектима, али су их многе земље на крају решиле тако што су прекид трудноће и медицински асистирану репродукцију легализовале

Кључне речи: биотехнологија, патенти, истраживања, репродуктивно клонирање, терапеутско клонирање.

1. Уводна разматрања

Клонирање спада у ужу област генетичког инжењринга, а под појмом клон се подразумева сваки организам настао путем асексуалне репродукције, односно организам који има идентичан генетски материјал са ентитетом чија је копија, и свако асексуално размножавање је клонирање (Антонић, 2003:173). За разлику од полних, све телесне ћелије садрже 100 одсто генетских информација, односно потпун низ хромозома потребних за стварање новог бића. Једино полне ћелије садрже 50 одсто хромозома те је за полну репродукцију потребно спајање женске и мушке полне ћелије како би се добило 100 одсто генетског материјала потребног за настанак новог бића. Код клонирања, репродукција се остварује из телесне а не из полне ћелије, тако да јединка која настане представља копију оне јединке чија је телесна ћелија коришћена (Јовић, 2005:15). Поменута технологија чини репродуктивно клонирање. Осим репродуктивног, постоји и терапеутско клонирање, које се од репродуктивног разликује само по начину на који се третирају добијени ембриони, односно, у зависности од тога да ли су конвертовани у ткива или су пресађени у материцу. (Thorntenson, 2007:13).

Терапеутско клонирање подразумева стварање ембриона фертилизацијом *in vitro*, при чему се у њиховој раној развојној фази (фази бластоциста) стварају ембрионалне матичне ћелије које, захваљујући својству плурипотентности, могу да се развију у све типове ћелија и ткива у организму. Неколико дана након тога, унутрашња маса ембриона се посебним прецизним техникама усисава и ставља у хранљиву подлогу, где се узгајају линије ембрионалних матичних ћелија (Кешина, 2005:490). За разлику од репродуктивног клонирања, где се клонирани бластоцист имплемента у материцу јединке женског пола и наставља да се развија до рођења, код клонирања у терапеутске сврхе се, уместо имплантације у материцу, клонирани бластоцист преиначује у културу ткива да би се

произвеле линије матичних ћелија потребне за истраживање и клиничку примену. Циљ је извлачење ембрионалних ћелијских линија које поседују потенцијал да се развију у друге врсте ћелија, као што су нервне, ћелије срца и слично (Sidera, 2012:824).

За разлику од репродуктивног клонирања које је недопуштено, терапеутско клонирање добија све више присталица због бројних предности и нових шанси за превенцију и лечење (Мујовић-Зорнић, 2005:275). Техника клонирања се, међутим, не разликује, иста је и код терапеутског, и код репродуктивног клонирања. Намеће се питање да ли би производ клонирања, односно клон(а), требало окарактерисати као људски ембрион, или као групу ћелија без моралног значаја; да ли клон¹ поседује потенцијал прерастања у људско биће. Иако до сада није научно доказано да ли клонирани ембрион има прави потенцијал да се развије имплементирањем у материцу, ембрион клон се ипак сматра првом фазом у развоју људског организма.

2. Правна регулатива о терапеутском клонирању

2.1. Терапеутско клонирање у Европи

Клонирање људског ембриона у Европи успешно је реализовано на Универзитету у Њукаслу. Обавио је то тим којим је руководио професор српског порекла др Миодраг Стојковић.² Последњих година постигнут је изузетан напредак у тој врсти истраживања у Јужној Кореји, где је професор Ју Сук Хванг (Yu Suk Hvang) са својим тимом успео да из клонираних људских ембриона добије матичне ћелије. Тај тим је произвео тридесет ембриона и ембрионалне матичне ћелије искористио за диференцијацију у различите типове ткива (Mikyung, 2005:645). Напредак у истраживању клонирања појачава страхове да ћемо у блиској будућности имати људске клонове. Уколико научници брзо превазиђу технолошке препреке, правно регулисање остаје једино средство контроле употребе ове револуционарне технологије (Mikyung, 2005:646).

Правна ситуација у Европи јесте веома комплексна, јер се свака земља руководи својим националним актима, као и регионалним прописима које је донела Европска унија. Будући да постоје велике социјалне и

1 Под појмом клон подразумева се сваки организам који је настао путем асексуалне репродукције, односно, организам који има идентични генетски материјал са ентитетом чија је копија.

2 Бубљевић С., „Велики, мали ембрион“, www.vreme.co.rscms.view.php?ID 416863, 23. 4. 2015.

политичке разлике међу земљама, а које делом произилазе из културних и религијских разлика, веома је тешко остварити хармонизацију правила која се односе на терапеутско клонирање. У погледу правног регулисања терапеутског клонирања подељена је не само Европа већ и читав свет, а веома је мало земаља донело прописе којима се регулише терапеутско клонирање, независно од тога да ли се тим прописима такво клонирање забрањује или дозвољава. Терапеутско клонирање изричито дозвољавају Велика Британија, Шведска, Белгија, Израел, Аустралија и Јапан (Шкорић, 2007:1254).

Заговорници терапеутског клонирања сматрају да се у двадесет првом веку терапеутско клонирање неће користити у репродуктивне сврхе, већ у циљу спречавања и лечења, за дуге листе неизлечивих болести од којих болују милиони људи (Lanze, Cibelli, Weds, 1997:975). Научници из фирме АТС³, на челу са Мајкл Вестом, председником наведене фирме, истичу, да појам терапеутског клонирања треба јасно разликовати од појма клонирања човека, и да је “ циљ терапеутског клонирања помагање људима оболелим од Алцхајмерове и Паркинсонове болести, дијабетеса и леукемије “. (Коњикушић, 2001:2). Противници терапеутског клонирања сматрају да је недозвољена инструментализација особе, а инструментализација је изразитија у поступку терапеутског клонирања него у поступку репродуктивног клонирања. На самом почетку терапеутског клонирања долази до радикалне инструментализације жене – жена се своди на неколико биолошких функција (давање на коришћење, или продаја јајних ћелија). Будући да је људско тело битан елемент достојанства сваког појединца, недозвољено је користити жену као испоручитеља јајних ћелија уз помоћ којих би се стварали клонови или вршили експерименти за „усавршавање“ техника клонирања (Кешина, 2005:494). Главни приговор терапеутском клонирању је намерно убијање ембриона. Противници терапеутског клонирања истичу да је идеја о немогућности науке да одговори на питање када почиње људски живот, погодна за научнике који користе ембрионе у својим истраживачким пројектима.⁴ Питањем када заправо почиње живот, баве се не само научници, већ и представници различитих религија, који су најватренији противници терапеутског клонирања. Ватикан константно осуђује сваки покушај клонирања људи. Папа Јован Павле II је оценио клонирање људи као „арогантни покушај

3 Advanced Cell Technology, САД - фирма која је успешно прва клонирала људски ембрион у медицинске сврхе 2001. године.

4 “The Threat of Human Cloning Ethics, Recent Developments, and Case for Action”, The New Atlantis, Journal of Technology & Society, summer 5, 2015, <https://www.thenewatlantis.com/publications/the-threat-of-human-cloning>, 15. 03. 2017.

усавршавања стваралачког чина Божјег⁵. Руска православна црква је поводом клонирања првог ембриона саопштила „да ће свако ко одлучи да се користи плодовима таквих експеримената, бити изопштен из цркве” (Коњикушић, 2001:2).

2.1.1. Велика Британија и терапеутско клонирање

Велика Британија припада, на пример, групи земаља које заузимају такозвани либералан став у погледу одобравања терапеутског клонирања. Законом о хуманој фертилизацији и ембриологији из 1990. године⁶ створила је та држава прво добар регулаторни оквир за истраживања људских ембриона. Дом лордова, као јавно и независно тело овлашћено да надгледа истраживања на ембриону и IVF технике, јануара 2001. године изјаснио се у корист допуштања хумане фертилизације и ембриологије и истраживања терапијског клонирања. Наведена одлука је 2001. године иницирала доношење Закона о људском репродуктивном клонирању, којим је санкционисано само репродуктивно клонирање, односно, трансфер клонираног људског ембриона у утерус жене, те је на тај начин Велика Британија постала једина европска земља која је дозволила терапеутско клонирање (Мујовић Зорнић, 2005:267).

Управа за људску фертилизацију и ембриологију (Human Fertilisation and Embryology Authority – HFEA), надлежна за регулисање асистиране репродукције и истраживања људских ембриона, одобрила је Институту Розлин у Единбургу да изврши терапеутско клонирање. Улога наведене управе јесте да осигура истраживање ембриона и да дозволи извођење ембрионалних ћелијских линија само када је то у складу са Законом о фертилизацији и ембриологији из 1990. године. И ако је истраживање ембриона у Великој Британији било легализовано од 1990. године, била је неопходна промена закона 2001. године, како би било одобрено и терапеутско клонирање и истраживање ембриона у циљу проналажења што ефикаснијих терапија за озбиљне болести (Deech, 2002:7). Завод за интелектуалну својину Велике Британије (Intellectual Property Office – UKIPO), заузимајући далеко либералнији став од Европске патентне организације, такође подржава терапеутско клонирање.

Земље са рестриктивном политиком, забраниле су не само репродуктивно већ и терапеутско клонирање, као и истраживање ембриона (Isasi,Knoppers,

5 Клонирање људских ћелија-цивилизацијска прекретница, Радио слободна Европа, 29.август, 2004, <https://www.slobodnaevropa.org/a/824988.html>, 12.08.2017.

6 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf, 12. 08. 2015.

2006:15). Основни принципи њихове рестриктивне политике темеље се на потребизаштитедостојанства,људскогживотаиембрионаодпотенцијалних негативних ефеката тих технологија (нпр. инструментализација и експлоатација). Све државе које припадају „рестриктивној групи“, можемо поделити у неколико категорија. Разликујемо најпре државе које прописују забрану коришћења ембрионалних матичних ћелија и извођења из њих ембрионалних ћелијских линија, као и производњу матичних ћелија. Изузетак, притом, представљају третмани који су неопходни да би се постигла жељена трудноћа. Другу групу чине земље у којима се од одређеног датума ни ћелије из вишка ембриона са клиника за вештачку оплодњу не могу више користити. Омогућено је, међутим, и даље истраживање над матичним ћелијама које су изоловане из „прекобројних“ ембриона пре датума почетка забране, или су ембриони увезени из иностранства (Isasi, Knoppers, 2006:23).

У групу држава које изричито забрањују терапеутско клонирање спадају Италија, Аустрија, Немачка, Пољска, Норвешка, Литванија (Isasi, Knoppers, 2006:2475). У Италији, релевантним законом⁷ забрањују се ембрионална истраживања, али је притом дозвољен увоз ћелијских линија које потичу из ембриона са клиника за вештачку оплодњу, искључиво уз одобрење Етичке комисије (Isasi, Knoppers, 2006:2475). Немачким законом⁸ клонирање се изричито забрањује, без обзира на сврху, уз образложење да је реч о кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година, или новчана казна. Упркос томе, дозвољава се увоз ембрионалних матичних ћелија. Обим заштите ембриона зависи, дакле, од тога да ли су ембриони увезени, или су са домаћег терена. Немачки Бундестаг је 2002. године изгласао забрану увоза ембрионалних матичних ћелија, али и даље постоји могућност да се у одређеним ситуацијама направи изузетак. Битан разлог што је одобрен увоза постојећих матичних ћелија лежи у томе да се спречи одлазак немачких научника у иностранство, као и да се немачким компанијама омогући да учествују у биомедицинским истраживањима. Посебну категорију чине земље у којима су јавна финансијска средства за истраживања матичних ћелија ограничена. (Такав је случај раније био у Сједињеним Америчким Државама). Законима појединих земаља дозвољава се коришћење ембриона који потичу са клиника за вештачку оплодњу, али се не одобрава стварање ембриона у истраживачке сврхе.⁹

7 La legge sulla procreazione medical assistita, 2004, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_454_allegato.pdf, 10. 08. 2017.

8 Gesetz zum Schutz von Embryonen im Zusammenhang mit der Einfuhr und Verwendung von humanen embryonalen Stammzellen (Stem Cell Act 2002).

9 Примера ради, New Zeland's Act on Human Assisted Reproductive Technology No. 92, 2004.

(У групу земаља које заступају тзв.средњи приступ, поред Новог Зеланда спадају и Канада, Бразил, Турска, али и Бугарска, Грчка, Француска, Швајцарска, Мађарска, Холандија, Шпанија, Португалија).

2.2. Међународна правна регулатива терапеутског клонирања

Организација Уједињених нација за образовање, науку и културу (UNESCO) донела је 1997. године Универзалну декларацију о хуманом геному и људским правима¹⁰, у којој се наводи да поступци који су у супротности са људским достојанством, као што је репродуктивно клонирање људских бића, нису допуштени.

Премда није донела никакав конкретан закључак о клонирању (разумљиво, јер није постигнут консензус међу државама), Генерална скупштина УН-а је 2005 године донела Декларацију о клонирању људи.¹¹ За ту декларацију гласао је 71 члан Комитета Генералне скупштине УН-а, 35 их је било против, а 43 уздржано. Декларацијом су позване владе свих земаља да забране све облике људског клонирања када је оно неспојиво са људским достојанством и заштитом људских живота. Главна дебата водила се управо око терапеутског клонирања, с обзиром на то да су многи научници заузели став да оваква техника може да доведе до проналажења лека за милионе људи који пате од неизлечивих болести. Усвајање Декларације уследило је након четири године разматрања предлога о увођењу глобалне забране клонирања људи.

Најпознатији документ у овој области, на коме је дуго радио Савет Европе, јесте Конвенција за заштиту права човека и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине из 1997. године¹², којом је требало да се превасходно успостави баланс између људског достојанства и научних унапређења. Уз овај назив Конвенције, у употреби је и назив Конвенција о људским правима у биомедицини. Наведеном Конвенцијом Савета Европе изражава се суштина европског погледа на развој биомедицине, без непожељних импликација по човека. Истраживања на ембрионима у принципу су дозвољена само у мери у којој су предвиђена националним

10 Universal Declaration the Human Genome and Human Right, http://portal.unesco.org/en/ev.php.URL_ID_131778&url-do=topic&url-section=201html, 23. 5. 2015.

11 United Nations Declaration on Human Cloning, UN, *General Assembly* 23 March 2005 A/RES/59/280, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf?12.3>. 2015.

12 Convention for the Protection of the Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No 164), Овиједо, 1997, ступила на снагу децембра 1999, доступна на <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html164.htm>., 23. 5. 2015.

законодавствима. Када је истраживање на ембриону *in vitro* дозвољено законом, потребно је да законом буде обезбеђена и адекватна заштита ембриона (чл.18. ст. 1). У члану 18 став 2. истиче се да је стварање ембриона у истраживачке сврхе забрањено (Kfoury, 2007:118). Од дефиниције самог појма ембрион зависи, заправо, и обим примене те одредбе. Уколико се ембрионом сматра и „оно“ што настане техником преноса језгра, његово стварање је, на основу члана 18 став 2, забрањено. Тако је на пример, Грчка Национална биоетичка комисија (Грчка је ратификовала Конвенцију) мишљења да се члан 18. став 2. Конвенције, не односи на терапеутско клонирање. (Шкорић, 2007, 1256).

Поједина питања се регулишу у протоколима додатим уз Конвенцију и плод су идеје да се поједини делови комплексне материје морају потпуније регулисати и објаснити. Додатни протокол о забрани клонирања људских бића потписан је 12. јануара 1999. године у Паризу, а потписало га је 19 земаља¹³ У преамбули Додатног протокола истиче се да је клонирање људи технички могуће и да је сама одлука да се створе људи идентични већ постојећим људским бићима у дубокој супротности са људским достојанством. Протоколом је сасвим прецизно забрањено клонирање људских бића, али питање употребе појединачних ћелија ембриона није регулисано на одговарајући начин.¹⁴ Има се, међутим, у виду да би, са стављањем забране на могућа важна научна развојна достигнућа, и потенцијално ваљане технологије у здравственој заштити могле бити неоправдано ускраћене пацијенту. Многи научници који се залажу за примену терапеутског клонирања поставили су питање како се другачије може развијати технологија вештачке прокреације ако не, у првом реду, стварањем ембриона зарад истраживачких циљева. Забрана креирања ембриона *in vitro* у истраживачке сврхе, предвиђена овом конвенцијом, по мишљењу појединих теоретичара изгледа зато помало дволично (Мујовић-Зорнић, 2005:265). Државама потписницама Конвенције, да би се избегла недиференцирана забрана медицинских поступака, омогућено је да Конвенцију ратификују са одређеном резервом¹⁵, а то значи да свака

13 Додатни протокол конвенцији о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине о забрани клонирања људских бића потписале су: Данска, Естонија, Финска, Грчка, Исланд, Италија, Летонија, Луксембург, Молдавија, Норвешка, Португалија, Румунија, Сан Марино, Словенија, Шпанија, Швајцарска, Македонија и Турска.

14 „Забрањена је свака интервенција која има за циљ стварање људског бића генетски идентичног са неким другим људским бићем, живим или мртвим“ – чл. 1 ст. 1 Додатног протокола.

15 Свака држава и Европска заједница, приликом потписивања Конвенције или приликом предаје докумената о ратификацији, прихватању, одобрењу или приступању,

држава чланица није у обавези да у потпуности усклади своје национално законодавство са наведеним чланом 18, напротив, свака држава чланица, уношењем резерви, може да задржи закон који није у складу са наведеним чланом. Једини услов притом јесте да свака резерва изражена у складу са наведеном чланом 18 садржи кратку изјаву о релевантном закону (Plomer, 2007:37). У исто време када је усвојен Додатни протокол, Савет Европе је усвојио и Коментар протокола који се не сматра аутентичним тумачењем тог документа, у ствари, сматра се да Коментар може допринети много лакшем разумевању одредаба Додатног протокола. Тумачењем члана 1 Допунског протокола Савета Европе Конвенције о људским правима и биомедицини, стиче се утисак да клонирање као пракса није забрањено, већ да се забрана предвиђена тим чланом односи само на стварање људског бића које је генетички идентично другом људском бићу, било да је оно живо или мртво.¹⁶ Фраза „људско биће генетски идентично другом људском бићу“ значи – људско биће које са другим бићем дели исто генско језгро. Забрана садржана у Протоколу, према образложењу, односи се, дакле, на клонирање људских бића техником дељења ембриона или трансфером језгра. Имајући у виду да је националним законодавствима ипак остављено да дефинишу појам „људско биће“, домет поменуте забране је ограничен. У земљама као што је, на пример, Немачка, која подржава став да живот почиње зачећем, уништавање ембриона је забрањено те, самим тим, забрањено је и терапеутско клонирање. У Холандији је терапеутско клонирање дозвољено, али само из вишка ембриона који се користе за вантелесну оплодњу (Бешировић, 2006:226). У Коментару протокола истиче се да се клонирање ћелија и ткива сматра значајном биомедицинском техником, која је етички прихватљива. Наглашава се ипак да се мишљења разликују у вези етичке прихватљивости клонирања неиздиференцираних ћелија ембрионалног порекла, и да одредбе Конвенције о заштити права човека и биомедицини, без обзира на то каква ће бити понашања у погледу техника клонирања, постављају јасне баријере против неприкладне употребе људских ембриона (Цвејић-Јанчић, 2002:648). Може се из свега наведеног закључити да је репродуктивно клонирање забрањено, али и

може ставити резерву у погледу поједине одредбе Конвенције, и то у мери у којој неки од закона на снази на њеној територији није у складу са том одредбом – чл. 36 Закона о потврђивању Конвенције о заштити људских права и достојанства људских бића у погледу примене биологије и медицине, Ковенција о људским правима, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010.

16 „Забрањен је сваки захват који иде за стварањем људског бића генетички истоветног неком другом људском бићу“ – члан 1 Додатног протокола конвенцији о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине о забрани клонирања људских бића.

да је коришћење ембрионалних ћелија у техникама клонирања законито, као и да се клонирање ћелија и ткива дефинитивно сматра законитим (Томић, Томић, 2003:312). Група која је радила на припреми Протокола направила је, иначе, разлику између три врсте клонирања. Наведено је, најпре клонирање ћелија као технике, затим, говори се о коришћењу људских ембрионалних матичних ћелија у техници клонирања и, коначно, о клонирању људских бића, рецимо, техником ембрионалне деобе или трансфера језгра. Прва описана ситуација етички је прихватљива, друга би требало да се разматра са аспекта Протокола о заштити ембриона, а последице треће ситуације, односно забране клонирања људских бића, отварају поље примене овог Протокола (Цвејић - Јанчић, 2002: 649). Према се Протоколом не изражава посебан став у погледу допустивости клонирања ћелија и ткива у истраживачке сврхе, све наведене околности указују на то да се његовим одредбама не искључује клонирање људских ембрионалних матичних ћелија (Plomer, 2007: 61). Одредбе Протокола не би, дакле, требало да буду тумачене као забрана техника клонирања у терапеутске сврхе, јер се у самом документу истиче да је клонирање као биомедицинска техника веома важно средство напретка медицине, посебно значајно за развој нових терапија (Цвејић - Јанчић, 2002: 649).

Европска унија је у Повељи о људским правима, у оквиру одредбе о праву на поштовање интегритета, прокламовала, између осталог, и принцип забране људског репродуктивног клонирања. Европска група за етику у науци и новим технологијама (ЕГЕ), није имала јединствен став по питању тога да ли у Повељу треба унети принципе забране људског клонирања. Поједини чланови наведене групе сматрали су да то није било потребно јер нису унете ни одредбе о забрани других поступака који сеprotиве праву на поштовање људског достојанства. Према мишљењу других, у Повељу о људским правима требало је унети одредбу о забрани људског репродуктивног клонирања. Ограничавајући забрану само на репродуктивно клонирање, заговорници те солуције приклонили су се ставу да терапеутско клонирање ради добијања матичних ћелија може бити допуштено. Тиме је и Европска унија, кроз одредбу о забрани репродуктивног клонирања, у Повељи оставила простор земљама потписницама да у својим националним законодавствима одобре стварање људских ембриона за истраживање методом SCN, ради добијања ембрионалних матичних ћелија (Кандић-Поповић, 2003:303).

Колизича која постоји између европских земаља, препорука Савета Европе и одлука које доноси Скупштина УН-а, утицала је на научнике из земаља у којима је клонирање забрањено да се лакше одлучују на одлазак у земље у којима је клонирање дозвољено (Антонић, 2003:182).

2.3. Патентирање и клонирање у Сједињеним Америчким Државама

Патент за клонирање је први пут у САД одобрен Универзитету Мисури у априлу 2001, за „поступак за производњу клонираног сисара и за производњу ембриона“. У САД-у је, дакле, патентиран метод клонирања који је коришћен и у процесу клонирања чувене овце Доли.¹⁷ Намеће се питање да ли је уопште могуће патентирати клон(а), а одговор гласи да то, наравно, није могуће, јер није могуће поседовати људско биће кроз патент, било би то у супротности са бројним одредбама о људским правима универзално прихваћеним широм света. Код патентирања клонирања, требало би направити разлику између самог клона, са једне, и процеса клонирања, са друге стране. Процес клонирања се може заштитити, али не може и сам производ клонирања. Шта ће се сматрати предметом патентне заштите зависи од тога како се дефинише појам људског бића. Право питање код клонираних ембриона јесте заправо да ли су они производ природе или су их направили људи. Ембриони, дакле, морају добити нов квалитет, нова својства, или комбинацију која не постоји у природи, да би уживали патентну заштиту. Претпоставља се да су ембриони модификовани *in vitro* третманом патентбилни. Позиција САД-а је негде између мишљења да ембриони уживају право на живот, до схватања да су истраживања на ембрионима морално вредна, чак и друштвено обавезна јер пружају огромне могућности и могу да обезбеде лекове за многе болести. Седам држава у САД-у забранило је тако све облике клонирања (Аризона, Арканзас, Мичиген, Северна Дакота, Јужна Дакота, Оклахома и Вирџинија), неколико земаља је донело такозване *clone-and-cill* законе, односно, законе који забрањују клонирање ембриона (између осталих, Калифорнија, Конектикат, Илиноис, Ајова, Масачусетс, Мисури), а више од половине држава у САД-у уопште нису правно регулисале питање репродуктивног и терапеутског клонирања.¹⁸

2.4. Клонирање у Србији

Људски ембрион из којег се добијају матичне ћелије, а којима ће се, надају се истраживачи, у будућности лечити многе, за сада неизлечиве болести, попут дијабетеса типа А, Паркинсонове, или Алцхајмерове болести, први је клонирао Европљанин српског порекла, професор Стојковић. На челу

17 Cloning Patents: A Patent Office and Legislative Update Cloning, <https://corporate.findlaw.com/intellectual-property/cloning-patents-a-patent-office-and-legislative-update.html>, 17. 07. 2018.

18 The Threat of Human Cloning; Ethics, Recent Developments and the Case or Action: „Cloning Policy in the US“, summer 2015, 80, <https://www.thenewatlantis.com/publications/part-four-cloning-policy-in-the-united-states>, 15. 03. 2017.

тима Универзитета у Њукаслу, успео је да од десет јајних ћелија добије три клонирана ембриона. Терапеутско клонирање, према речима професора Стојковића има за циљ омогућавање стварања клонираних ткива и органа који ће бити замењени код пацијената оболелих од многих тренутно неизлечивих болести.¹⁹ Техником терапеутског клонирања, и матичним ћелијама, могуће је открити узроке болести али и како да их одстранимо, односно излечимо, такође је истакао професор Стојковић²⁰.

Поменуто правну област Србија још није регулисала конкретним законом. До доношења одговарајуће регулативе, примењују се општа правна правила и уставна начела о поштовању људског достојанства и неповредивости телесног и психичког интегритета. Уставом Републике Србије, клонирање је забрањено. Учињено је то први пут Уставом 2006. године, у који је иначе унета само једна одредба која се односи на клонирање, и то у одељку „Право на живот“. У том одељку, у члану 24, наведена је само једна реченица којом се забрањује клонирање људских бића.²¹

У нашој земљи, клонирање у репродуктивне сврхе забрањено је не само Уставом, већ и Кодексом професионалне етике Лекарске коморе Србије. У том кодексу, у члану 37 стоји: „Стварање генски идентичних лица супротно је етици и поштовању људског достојанства. Забрањени су експерименти усмерени на стварање истоветног људског бића, односно, са истим генетским системом који има и друго људско биће“.

Од септембра 2009. године у Србији је законски регулисана примена нових технологија у поступку лечења, права, обавезе и одговорности лекара и пацијената, и то – Законом о трансплантацији органа²², Законом о трансплантацији ћелија и ткива²³ и Законом о лечењу неплодности поступцима БМО (биомедицински потпомогнутог оплођења)²⁴. Законом о трансплантацији ћелија и ткива регулише се добијање, тестирање, обрада, очување, складиштење и дистрибуција људских ћелија и ткива за примену код људи, оснивање банака ћелија и ткива, надзор над спровођењем закона и обављање одређених послова државне управе у области трансплантације ћелија и ткива. Када је реч о научно-истраживачком

19 С. Бубњевић, „Велики мали ембрион“, Време, мај 2005, <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=416863>, 23. 4. 2015.

20 Клонирање људских ћелија-цивилизацијска прекретница, Радио слободна Европа, 29. август, 2004, <https://www.slobodnaevropa.org/a/824988.html>, 12.08. 2017.

21 „Забрањено је клонирање људских бића“, чл. 24 ст. 3, Устав Републике Србије, 2006.

22 Закон о трансплантацији органа, Службени гласник РС, бр.72/2009.

23 Закон о трансплантацији ћелија и ткива, Службени гласник РС, бр.72/2009.

24 Закон о лечењу неплодности поступцима БМО, „Службени гласник РС, бр.72/2009“.

раду на ћелијама и ткивима, у члану 88 Закона, истакнуто је да је научно-истраживачки рад дозвољен искључиво ради очувања здравља људи, уз поштовање медицинске етике. Законом о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, у делу под насловом „Забрањене активности у поступку БМПО“, у члану 56 став 3. прописано је, међутим, да се забрањује омогућавање настанка ембриона оплодњом *in vitro* искључиво ради научно-истраживачког рада, а у ставу 7 истог члана наводи се да се забрањује омогућавање настанка ембриона са истом наследном основом, или ембриона који су по наследној основи истоветни са другом живом или мртвом особом (клонирање). У новом закону о биомедицински потпомогнутој оплодњи²⁵ нема промена у погледу дозволе клонирања. Потребно је нагласити да је наша земља уставном забраном клонирања, али и доношењем закона о вантелесној оплодњи, себе сврстала у ред земаља које су законом регулисале то веома осетљиво питање.

Важећим Законом о патентима²⁶, у члану 7, наглашава се да је патент право које се признаје за проналазак из било које области технике, а да је нов, да има инвентивни ниво и да је индустријски применљив. У члану 8 се наводи да се људско тело у било ком стадијуму формирања и развоја, и откриће неког од његових елемената, укључујући секвенце и делимичне секвенце гена, не сматрају проналаском који се може штитити патентом. Елемент изолован из људског тела или произведен техничким поступком, укључујући секвенце и делимичне секвенце гена, може, међутим, бити патентбилан и у случају када је структура тог елемента идентична структури природног елемента. Наш важећи Закон о патентима не садржи ни једну одребу која се односи на ембрионе, ембрионалне матичне ћелије, као и на терапеутско клонирање. Намере националног законодавца су биле усмерене на усклађивање са стандардима како међународног тако и европског права. Конвенција о признавању европских патената²⁷ и Директива о правној заштити биотехнолошких проналазака²⁸ као основни документи у области патентне заштите биотехнолошких проналазака

25 Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, „Сл. гласник РС бр. 40/2017, 113/2017“.

26 Закон о патентима, „Службени гласник РС, бр. 99/2011“.

27 Конвенција о признавању европских патената (Конвенција о европском патенту), Закон о потврђивању Конвенције о признавању европских патената од 5. октобра 1973. године, са изменама члана 63, Конвенције о европском патенту од 17. децембра 1991. године и изменама од 29. новембра 2000, Службени гласник РС–Међународни уговори, бр. 5/2010 и Службени гласник РС, бр. 99/2011.

28 Directive 98/44/EC of European Parliament and the Council of 6. July 1998. on the legal protection of biotechnological inventions, OJ L, 227 – Директива 98/44 /ЕЗ Европског парламента и Већа од 1998. о правној заштити биотехнолошких проналазака.

на тлу европе, нису се могле конкретно бавити матичним ћелијама, с обзиром да су ембрионалне матичне ћелије први пут патентиране након доношења наведених докумената.²⁹ Због тога је примена правила садржана у наведеним „кровним документима“ у овој области била препуштена тумачењу релевантних органа. Европска група за етику у науци је у свом извештају под називом „Етички аспекти патентирања проналазака који се односе на матичне ћелије“ од 2002. године, истакла да је одлучујући критеријум за признавање патената над матичним ћелијама, модификација ћелијских линија (Van Overwalle, 2010, 532). У извештају се упозорава на „опрезно поступање“ приликом одобравања патентне заштите, како се патентна заштита не би проширила на процес терапеутског клонирања³⁰. Будући да забране на националном нивоу нису довољне, решења морају имати наднационални карактер, с обзиром на могућности које произилазе из наведених технологија (Sideri, 2018:17).

3. Закључна разматрања

У савременом патентном праву, а у складу са тим и у нашем патентном праву, патентом се не могу заштитити поступци клонирања људских бића (чл. 9 (1)). Законска одреба о искључењу поступка клонирања људских бића из патентне заштите у складу је и са уставном забраном клонирања. Друштво се, захваљујући иновативним технологијама, суочава са константним трансформацијама. Према новим технологијама увек се јавља одбојност, људи се увек на почетку плаше непознатог. Управо то се догађа и са клонирањем. Клонирање представља један од највећих изазова за човечанство јер се савремени свет налази на важној прекретници даљег развоја. Последице клонирања, било да се оно врши у терапеутске или у репродуктивне сврхе, за сада су несагледиве. Све државе се засад једногласно залажу за забрану репродуктивног клонирања. Било би етички недопустиво да човек постане производ људске руке, као што је то толико других производа. Правно регулисање терапеутског клонирања иде, међутим, у супротном правцу у односу на репродуктивно клонирање. Без обзира у ком ће се правцу одвијати даља истраживања у овој области, чињеница је да је неопходно доношење закона који ће регулисати ову материју.

29 Ембрионалне матичне ћелије је први патентирао Џејмс Томсон (James Thomson) са Универзитета Висконсин (Wiskonsin) у САД, 1. децембра 1998. године, <https://www.umassmed.edu/iscr/stem-cell-intellectual-property/23.08.2017>.

30 The European Group on Ethics makes public in Brussels its opinion on the “Ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells”, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-675_en.htm, 10. 11. 2017.

Литература/References

- Антонић, Соња: (2003). *Клонирање као етички проблем*, Београд;
- Бешировић, Виолета:(2006). Богови су пали на теме: о Уставу и биоетици, *Анали*, година LIV, бр. 2;
- Бубњевић,Слободан: (2005). Велики мали ембрион, *Време*, <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=416863>;
- Van Overwalle Geertrui (2010). Patenting Stem Cell Research in Europe and United States, 532, <http://ssrn.com/abstract=1718657>;
- Gesetz zum Schutz von Embryonen im Zusammenhang mit der Einfuhr und Verwendung von humanen embryonalen Stammzellen (Stem Cell Act 2002);
- Directive 98/44/EC of European Parliament and the Council of 6. July 1998. on the legal protection of biotechnological inventions, OJ L, 227 – Директива 98/44 /ЕЗ Европског парламента и Већа од 1998. о правној заштити биотехнолошких проналазака;
- Закон о трансплантацији органа, „Службени гласник РС , бр.72/2009“;
- Закон о трансплантацији ћелија и ткива, „Службени гласник РС, бр.72/2009“;
- Закон о лечењу неплодности поступцима БМО, „Службени гласник РС, бр.72/2009“;
- Закон о патентима, „Службени гласник РС ,бр. 99/2011“;
- Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, „Сл. гласник РС бр. 40/2017, 113/2017“;
- Isasi, М. Rosario, Knoppers, М. Bartha: (2006). Beyond the permissibility of e.s.c research substantive requirements and procedural safe guards, *Human reproduction*, Vol. 21, No.10;
- Isasi М. Rosario, Knoppers, М. Bartha: (2006) “Mind the Gap”: Policy Approaches to Embryonic Stem Cell and Cloning Research in 50 Countries”, *European journal of Health Law* 13, 9-26, https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/724/Isasi-Knoppers%20Mind%20the%20Gap_Policy%20Approaches%20to%20Embryonic.pdf;sequence=1;
- Јовић С. Олга: (2005). *Сурогат материнство – Нова димензија родитељства*“, Београд, 2005;
- Кандић Поповић Зорица: (2003). Право и ембрионална стем цел истраживања, *Правни живот*, 9/2003;
- Кешина Иван: (2005). *Етика терапеутског клонирања*, Сплит;

Mikyung Kim: (2005). An overview of the regulation and patentability of human cloning and e.s.c research in the US and anti cloning legislation in South Korea, Santa Clara, *High Technology Law Journal* , Vol. 21;

Клонирање људских ћелија-цивилизацијска прекретница, Радио слободна Европа, 29.август, 2004, <https://www.slobodnaevropa.org/a/824988.html>;

Конвенција о признавању европских патената (Конвенција о европском патенту), Закон о потврђивању Конвенције о признавању европских патената од 5. октобра 1973. године, са изменама члана 63, Конвенције о европском патенту од 17. децембра 1991. године и изменама од 29. новембра 2000, Службени гласник РС–Међународни уговори, бр. 5/2010 и Службени гласник РС, бр. 99/2011;

Kfoury Charlotte:(2005),Therapeutic cloning; promisesand issues, *McGill Journal of Medicine*,Vol.10, No. 2;

La legge sulla procreazione medical assistita, 2004, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_454_allegato.pdf;

Мујовић Зорнић Хајрија: (2005). Европска перспектива терапијског клонирања, *Страни правни живот* 1–2;

Plomer Aurora: (2007). Stem Cell Patents; European Patent Law and Ethic Report, *FPE Life Sciences genomes and biotechnology for health*“SSA-LSB-CT-2004-005254, Nothigham;

Sidera Katerina: (2012). Practical Reasoning, Impartiality and the EPO, The Legal Regulation of Biotechnology, *European Law Journal*, Vol. 18, No. 6 November;

Sideri Katerina: (2018). Germline modification of human embryos, patents and the limits of markets: Rethinking Equality, human diversity and the question of innovation funding, *Cambridge University Press*, <https://www.researchgate.net/publication/323700952>;

Симоновић Ивана:(2012). Биоетика и људске вредности – остваривање и заштита етичких принципа и права појединаца у области медицине, *Зборник радова Правног факултета*, Ниш , LXIII;

Томић Слободанка: (2003). Етичка дилема клонирања, *Правни живот*, 9/2003;

The Threat of Human Cloning; Ethics, Recent Developments and the Case or Action: „*Cloning Policy in the US*“, summer 2015, 80, <https://www.thenewatlantis.com/publications/part-four-cloning-policy-in-the-united-states>;

Universal Declaration the Human Genome and Human Right, http://portal.unesco.org/en/ev.php.URL_ID_131778&url-do=topic&url-section=201html;

United Nations Declaration on Human Cloning, UN, *General Assembly* 23 March 2005 A/RES/59/280, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf>;

Human Fertilisation and Embryology Act 2008;

Цвејић Јанчић Олга: (2002). Клонирање у савременом свету“, *Правни живот*, бр. 9/2002.;

Cloning Patents: A Patent Office and Legislative Update Cloning, <https://corporate.findlaw.com/intellectual-property/cloning-patents-a-patent-office-and-legislative-update.html>;

Convention for the Protection of the Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No 164), Овиедо, 1997, [//conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html7164.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html7164.htm);

Škorić Marissabell: (2007). Pravna regulacija reproduktivnog i terapijskog kloniranja na međunarodnoj i nacionalnoj razini, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v.28, br. 2;

Gordana Damjanović, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Priština

(Head Office in Kosovska Mitrovica)

(NON)PATENTING OF THE CLONING PRODUCTS

Summary

The patent system rests on a delicate relationship between privileges and responsibilities. As a regulatory institution, it also takes into consideration the protection of the public interest through environmental protection, biodiversity, health, technological progress, education and security. Patent protection of inventions is aimed at promoting innovation and competition, while ensuring the protection of socio-economic interests. The financial aspects of biotechnological research and the deficiency of alternative protection for investments impose the need for their patent protection. The issue that draws special attention in recent years is whether patent protection should be granted to products resulting from the therapeutic cloning process. Cloning is one of the greatest challenges for humanity, particularly considering that the modern world is at an important turning point for further development. Regardless of whether it is performed for therapeutic or for reproductive purposes, the consequences of cloning are inconceivable for the time being. All countries are now unanimously pleading for the banning of reproductive cloning. It would be ethically inadmissible for a man to become a product of a human hand, as so many other products. As compared to reproductive cloning, legal regulation of therapeutic cloning goes in the opposite direction. Some countries have recognized the enormous capabilities provided by the nucleus transmission technique and have regulated the conditions for conducting therapeutic cloning in their legislation. Finally, as the development of therapeutic cloning cannot be stopped, it is necessary (regardless of all obstacles) to set standards for legal regulation of this area as soon as possible; notably, it should not be forgotten that similar obstacles existed at the time when the legal termination of pregnancy or medically assisted reproduction was discussed. All of these issues have recently been the subject matter of numerous and large-scale debates on ethical, religious and other aspects, but many countries eventually resolved them by legalizing the termination of pregnancy and assisted reproduction.

Keywords: *biotechnology, patents, research, reproductive cloning, therapeutic cloning.*

II САОПШТЕЊА СА ОКРУГЛОГ СТОЛА

Др Маријана Пајванчић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду (у пензији)

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ
doi:10.5937/zrpfni1881439P

UDK: 342:347.7(4-672EU)
Рад примљен: 10.07.2018.
Рад прихваћен: 14.09.2018.

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НА ПРЕДУЗЕТНИШТВО И СА ЊИМ ПОВЕЗАНИХ ПРАВА

Апстракт: Овај прилог је радна основа за сагледавање уставних гаранција и начина уставног регулисања развојних ресурса и капацитета друштва у компаративној уставности. Циљ због кога је овај прилог припремљен је увид у искуства компаративне уставности и начин на који се у уставима регулишу питања значајна за развој друштва, како би се у контексту решења која садржи Устав Републике Србије унапредило уставно регулисање развојних питања. Као кључно питање значајно за сагледавање конституционализације развојних питања издвојено је посебно уставно регулисање права на предузетништво и привређивање, обим и садржај уставног гарантовања ових права уз акценат на ограничења ових права, посебно ограничења која почивају на једнако значајним правима – праву на здрав живот и здраву животну средину која укључују и заштиту природних ресурса и животне средине.

Као примери компаративне уставности коришћени су уставни: Аустрије, Белгије, Бугарске, Босне и Херцеговине, Црне Горе, Данске, Француске, Хрватске, Италије, Македоније, Немачке, Пољске, Русије, Републике Српске, Словеније, Словачке, Србије, Швајцарске и Шпаније. При избору устава чије су одредбе обухваћене истраживањем, водило се рачуна да се задовољи неколико критеријума, а пре свега: да избор обухвати уставе чланица Европске уније, уставе бивших социјалистичких држава које су сада чланице Европске уније, уставе земаља окружења, уставе земаља које су у процесу преговора са Европском унијом и уставе земаља са којима је Србија, све до распада СФРЈ била у заједничкој држави. Овакав избор устава омогућује да се

* pajmar@gmail.com

у различитим друштвеним и политичким контекстима у којима су обликована уставна правила, сагледају конкретна уставна решења у ширем светлу и омогући целовитији увид у ова решења.

Кључне речи: *Компаративно уставно право, право на предузетништво, људска права.*

1. Гарантовање слободе предузетништва

Слободу предузетништва начелно гарантује највећи број устава који су били предмет анализе. Приступи уставном регулисању предузетништва се разликују с обзиром на то на који начин устави одређују предузетништво, да ли се предузетништво гарантује самостално или уз нека друга са њим повезана права и слободе, контекст у коме се гарантује предузетништво. Увид у уставна решења омогућује да се изнесу основна запажања о уставним гаранцијама права на предузетништво.

1. Највећи број анализираних устава гарантује слободу предузетништва¹, а поједини уставни гарантују слободу привредне иницијативе² или слободу привређивања.³ У овом случају терминологија која се у уставу користи није споредно, већ суштинско питање. Слобода предузетништва је шири појам, јер осим слободе привредне иницијативе укључује и иницијативу у другим, не мање значајним областима друштвеног живота.

2. Слобода предузетништва се гарантује као једна од темељних вредности уставног система, поред начела владавине права, правне заштите својине, хуманизма, социјалне правде и сигурности, хуманизације простора и унапређења и поштовања животне средине⁴, као самостално право или уз друге са њом повезане слободе или права. Најчешће се слобода предузетништва повезује са слободом тржишта (тржишном привредом)⁵ и гарантује уз ову слободу, али и уз отвореност тржишта⁶, слободу

1 Устави Црне Горе (чл. 139), Босне и Херцеговине (преамбула ст. 1), Хрватске (чл. 49, ст. 1), Македоније (чл. 8, ст. 1, алинеја 7 и чл. 55, ст. 1), Србије (чл. 82, ст. 1 и чл. 83, ст. 1), Републике Српске (чл. 5, ст. 1, алинеја 6).

2 Устави Бугарске (чл. 19, ст. 1) и Словеније (чл. 74, ст. 1).

3 Устав Републике Српске (чл. 50).

4 Устав Босне и Херцеговине (Преамбула ст. 4), Македоније (члан 8, став 1, алинеја 3, 6, 7, 8 и 10).

5 Устави Црне Горе (члан 139), Хрватске (члан 49, став 1), Македоније (члан 8, став 1, алинеја 7 и члан 55, став 1), Србије (члан 5, став 1, члан 82, став 1).

6 Устави Црне Горе (члан 139) и Србије (члан 132, став 1).

конкуренције,⁷ самосталност привредних субјеката,⁸ одговорност привредних субјеката за преузете обавезе,⁹ равноправност свих облика својине¹⁰ и заштиту приватне и свих других облика својине.

3. Општи контекст у коме се гарантује право на предузетништво је показатељ који не говори само о основама на којима почива економија и привређивање, већ и о основним принципима који опредељују природу политичке заједнице. Кључно питање је да ли се ради о заједници либералног или заједници либерално демократског типа. Другим речима, да ли се поред тржишне привреде (слободно и отворено тржиште, слобода приватне иницијативе, слобода конкуренције и др.)¹¹ прихвата и принцип социјалне правде и оба принципа конституционализују као темељни принципи на којима почива заједница. Консеквенце оваквог приступа огледају се и у садржају уставног регулисања слободе предузетништва.

Устави начелно гарантују и штите слободу предузетништва и привређивања у оквиру тржишне привреде, али ову начелну гаранцију прате и ограничења која постављају оквире у којима се она реализује. Подела устава на либералне и либерално демократске ослоњена само на јемство слободе предузетништва није увек поуздана, јер уставна решења нису увек консеквентна и нису јасно повезана са принципом социјалне правде који велики број устава такође гарантује. Принцип социјалне правде често није у корелацији са уставним гаранцијама слободе предузетништва. У прилог оваквом закључку говоре и уставна решења о

7 Устав Црне Горе (члан 139)

8 Устави Црне Горе (члан 139), Србије (члан 132, став 1), Републике Српске (члан 50).

9 Устав Црне Горе (члан 139)

10 Устави Црне Горе (члан 139) и Србије (члан 132, став 1).

11 Нпр. Устав Бугарске (члан 19, став 1) прописује да „економија Републике Бугарске почива на слободној привредној иницијативи“; Устав Црне Горе (члан 139) прописује да се „економско уређење заснива на слободном и отвореном тржишту, слободи предузетништва и конкуренције, самосталности привредних субјеката и њиховој одговорности за преузете обавезе у правном промету, заштити и равноправности свих облика својине“; Устав Хрватске (члан 41, став 1) утврђује да су „Подузетничка и тржишна слобода темељ господарског устроја Републике Хрватске“; Устав Србије (члан 82, став 1) прописује да „економско уређење у Републици Србији почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине“; Устав Републике Српске (члан 50) прописује да „Економско и социјално уређење заснива се на равноправности свих облика својине и слободном привређивању, самосталности предузећа и других облика привређивања у стицању и расподјели добити и слободном кретању робе, рада и капитала у Републици као јединственом привредном простору.“

разлозима ограничења слободе предузетништва,¹² и мерама које држава може предузети како би обезбедила остваривање друштвеног (јавног) интереса, економску сигурност и социјално благостање грађана.

Овоме треба додати да се у савременој уставности, поред принципа социјалне правде који може бити основ за ограничење права на предузетништво, спорадично срећу и примери конституционализације још једног основа за ограничавање слободе предузетништва. То је очување, унапређење и заштита животне средине као предуслов остваривања права на здраву животну средину.

2. Посебне уставне гаранције значајне за остваривање слободе предузетништва

Поред начелног гарантовања слободе предузетништва, примери компаративне уставности показују да се уставом посебно гарантује и регулише више важних питања која су претпоставке за остваривање слободе предузетништва. То се посебно односи на:

Основне претпоставке које слободу предузетништва чине могућом, као што су нпр: експлицитно уставно и законско гарантовање једнаких правних услова за обављање привредних делатности¹³, самосталност привредних субјеката¹⁴, слободно кретање роба, услуга и финансијских средстава¹⁵, развијање конкуренције и подршка конкуренцији¹⁶ као и антимонополска клаузула, одговорност привредних субјеката за преузете обавезе у правном промету¹⁷ и др.

Антимонополску клаузулу која представља важно јемство слободе предузетништва регулише велики број устава који су анализирани. Начин на који је у уставима регулисана антимонополска клаузула показује да међу уставима постоје извесне разлике. У већем броју устава изричито се забрањује: нарушавање и ограничавање слободне конкуренције, нелојална конкуренција и подстицање неравноправног, монополског или

12 Нпр. устави Црне Горе (члан 59), Хрватске (члан 50, став 2), Македоније (члан 55, став 3), Србије (члан 83, став 2).

13 Устави Бугарске (члан 19, став 2), Хрватске (члан 49, став 2), Македоније (члан 55, став 2), Србије (члан 84, став 1).

14 Устав Црне Горе (члан 139).

15 Устав Србије (члан 82, став 2).

16 Устави Црне Горе (члан 139) и Русије (члан 8, став 1).

17 Устав Црне Горе (члан 139).

доминантног положаја на тржишту¹⁸, ограничавање слободне конкуренције и нелојална конкуренција,¹⁹ акти којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја²⁰, злоупотреба монополског положаја чије облике и садржај ближе регулише закон.²¹ Поједини уставни прописују обавезе државе да спречава злоупотребу монополизма и нелојалну конкуренцију²² као и да предузима мере против монополског положаја и понашања на тржишту²³.

Посебно гарантовање одређених права страних физичких и правних лица везаних за слободу предузетништва карактеристика је само малог броја устава који су били предмет анализе. Странцима се гарантује: исти положај на тржишту као и домаћим држављанима,²⁴ једнака законска заштита инвестиција и привредне делатности²⁵, слободно изношење добити и уложеног капитала²⁶, изричито се гарантује да се права странаца стечена на основу уложеног капитала не могу умањити законом или другим прописом.²⁷

Јединство економског простора које регулише само неколико анализираних устава, било начелном нормом која прописује да је територија државе јединствен економски или привредни простор²⁸, или поред ове опште одредбе и устав ближе регулише да се то јединство односи на тржиште роба, рада, капитала и услуга²⁹, односно да се оно односи на слободно кретање роба, услуга и финансијских средстава, подршку конкуренцији, слободну привредну активност.³⁰

18 Устав Црне Горе (члан 40, став 3).

19 Устав Словеније (члан 74, став 3).

20 Устав Србије (члан 84, став 3).

21 Устав Хрватске (члан 149, став 2).

22 Устав Бугарске (члан 19, став 2).

23 Устав Македоније (члан 55, став 2).

24 Устав Србије (члан 84, став 4).

25 Устав Бугарске (члан 19, став 3).

26 Устави Хрватске (члан 49, став 4) и Македоније (члан 59).

27 Устав Македоније (члан 59).

28 Устав Црне Горе (члан 140, став 1), Устав Швајцарске (члан 95, став 1).

29 Устав Србије (члан 82, став 2).

30 Устав Русије (члан 8, став 1).

3. Ограничење слободе предузетништва

Уз гарантовање слободе предузетништва и основних претпоставки које се односе на креирање амбијента који омогућује остваривање ове слободе, у свим уставима који су били предмет анализе прописана су и извесна ограничења ове слободе, разлози који су основ за могућа ограничења слободе предузетништва као и услови под којима су ограничења легитимна и допуштена.

Разлози који могу бити основ за ограничења слободе предузетништва регулишу се уставом, што сведочи и потврђује значај који ова питања имају у правном систему, будући да их регулише највиши правни акт. Анализа компаративне уставности показује да уставни прописују различите разлоге за ограничење права на предузетништво. Као разлози који су основ да се слобода предузетништва подвргне ограничењима наводе се: заштита здравља људи³¹, заштита животне средине³², заштита природних богатстава и природе³³, заштита културне баштине³⁴, заштита безбедности и одбране земље,³⁵ заштита јавног интереса.³⁶

4. Заштита права на предузетништво

Само у неким од анализираних устава, у самом уставу изричито се регулише и законска заштита слободе предузетништва као и слобода привређивања и инвестирања. То је, између осталог, и показатељ статуса који у уставу има право на предузетништво у поређењу са другим људским правима. С обзиром на место на коме су у уставима систематизоване одредбе о праву на предузетништво може се закључити да је још увек отворено питање да ли је право на предузетништво индивидуално људско право или припада сету уставних правила која регулишу економско уређење.

Анализа компаративне уставности показује да међу уставима који регулишу ову материју постоје разлике с обзиром на садржај и обим

31 Устави Црне Горе (члан 59), Хрватске (члан 50, став 2), Македоније (члан 55, став 3), Србије (члан 83, став 2).

32 Устави Црне Горе (члан 59), Хрватске (члан 50, став 2), Македоније (члан 55, став 3), Србије (члан 83, став 2).

33 Устави Црне Горе (члан чл. 59), Хрватске (члан чл. 50, став 2), Македоније (члан чл. 55, став 3), Србије (члан чл. 83, став 2).

34 Устав Црне Горе (члан 59).

35 Устави Црне Горе (члан 59), Хрватске (члан 50, став 2), Македоније (члан 55, став 3), Србије (члан 83, став 2).

36 Устав Словеније (члан 74, став 3).

уставне регулативе. У неким од устава ове слободе се начелно гарантују како домаћим држављанима тако и странцима. Други садрже експлицитне одредбе о праву странаца на предузетништво и условима под којима ови то право могу остваривати,³⁷ или експлицитно прописују да се права стечена улагањем капитала не могу умањити законом нити другим правним актом.³⁸

5. Заштита потрошача

У контексту гарантовања слободе предузетништва, примери компаративне уставности показују да је заштита потрошача постала уставна материја. У уставу се, дакле, посебно регулише и заштита потрошача, а уставне одредбе о заштити потрошача представљају својеврсне, уставом прописане границе у оквирима којих се гарантује слобода предузетништва. Примери компаративне уставности показују да границе слободи предузетништва постављају људска права као и да се слобода предузетништва може остваривати само на начин који не нарушава уставом гарантована људска права. Стога би се могло рећи да основна људска права имају примат над слободом предузетништва као и да су људска права и својеврсно ограничење слободе предузетништва.

С обзиром на садржај уставног регулисања заштите потрошача устави се разликују. У већини анализираних устава, уз начелну норму која се односи на заштиту потрошача³⁹ експлицитно се прописује обавеза државе да штити потрошаче и забрањују се радње којима се нарушава здравље, безбедност и приватност потрошача.⁴⁰

6. Принцип социјалне правде у контексту слободе предузетништва

Устави у којима принцип социјалне правде, поред принципа владавине права, представља један од темељних принципа на којима почива заједница, следећи тај принцип регулишу и обавезе државе у вези са слободом предузетништва. То се посебно односи на обавезе државних власти у вези са слободом предузетништва и привредним развојем, заштитом положаја запослених, кооперацијом, удруживањем и др.

37 Устав Бугарске (члан 19, став 3).

38 Устави Хрватске (члан 49, став 4) и Србије (члан 84, став 3).

39 Устав Бугарске који заштиту потрошача регулише у контексту гарантовања једнаких услова привређивања свим грађанима и правним лицима (члан 14 став 2) и Републике Српске (чл. 52).

40 Устави Црне Горе (члан 70), Србије (члан 90, став 2), Републике Српске (члан 53).

Уставна решења су различита пре свега с обзиром на то на која питања устав ставља фокус и колико детаљна је уставна регулатива. Акценат је на следећим питањима:

- Државни подстицаји за привредни развој и социјално благостање⁴¹
- Равномерни привредни развој свих крајева⁴²
- Социјални дијалог између синдиката и послодаваца као начин и инструмент усклађивања утицаја тржишне привреде на социјални и економски положај запослених⁴³
- Кооперација и удруживање грађана и правних лица ради постизања привредног и социјалног напретка⁴⁴
- Законом прописани програми погодни за управљање и координирање јавне и приватне економске делатности у друштвене сврхе⁴⁵
- Очување интереса целокупне привреде и допринос благостању и економској сигурности становништва⁴⁶
- Стварање повољних услова за привређивање⁴⁷
- Унапређење заједничког благостања, сталног развоја, унутрашњег заједништва и културне разноликости⁴⁸
- Обавезе јавних власти да обезбеде модернизацију привредних сектора уз експлицитно навођење појединих сектора (пољопривреда, сточарство, риболов, занатство, планинска подручја)⁴⁹
- Планирање опште привредне активности у циљу обезбеђења колективних потреба, уравнотежења и хармонизације регионалног и секторског развоја и подстицања пораста прихода и богатства као и његове равнотежне расподеле⁵⁰ и регулисање начина израде ових

41 Устав Хрватске (члан 49, став 3).

42 Устави Бугарске (члан 19), Хрватске (члан 49, став 3), Македоније (члан 57).

43 Устав Србије (члан 82, став 3).

44 Устав Бугарске (члан 19, став 4).

45 Устав Италије (члан 41, став 3)

46 Устав Швајцарске (члан 94, став 2).

47 Устав Швајцарске (члан 94, став 3).

48 Устав Швајцарске (члан 2, став 2).

49 Устав Шпаније (члан 130, став 1).

50 Устав Шпаније (члан 131, став 1).

планова у партиципативном процесу у коме суделују различити субјекти а координира их посебно тело формирано на основу устава⁵¹

- Подстицаји и програми за унапређење и помоћ задругарству у контролу сврхе и карактера задругарства⁵²
- Подношење законских предлога који се односе на планове и програме економског и социјалног карактера Социјалном и економском савету кога влада консултује о тим питањима.⁵³

7. Право на здрав живот и здраву животну средину и природни развојни ресурси као основ ограничења права на предузетништво

Конституционализација права на здрав живот и здраву животну средину, еколошких и са њима повезаних права је новија појава у савременој уставности. Као што су социјално-економска права, која данас гарантује велики број устава, била новум у уставности у првој половини XX века, тако је конституционализација права која припадају четвртој генерацији новум у савременој уставности. Још нису обликовани стандарди у конституционализацији ове материје, а решења у компаративној уставности се значајно разликују по: приступу уставној регулативи (контекст основних људских права или обавеза државе); одређењу садржине права (право на здрав живот, здрава животна средина, еколошка права, право на информисање о стању животне средине, одговорност за штету нанету животној средини); обиму регулативе (бланкетне или конкретне норме); садржају уставне регулативе (квалитет и обим гаранција, прецизирање права и обавеза и др.) и др. Разлози за „лутање“ уставне регулативе можда су и у томе што је ова материја нашла место у уставима под утицајем међународних извора права у којима још нису обликовани чврсти стандарди у правно обавезујућим међународним конвенцијама, већ се они постепено обликују у међународним документима стратешке природе (стратегије, акциони планови) који посредно утичу на формирање правних стандарда.

Решења у компаративној уставности су различита по: садржини; систематизацији у различитим поглављима устава (људска права, дистрибуција надлежности везаних за право на здраву животну средину и

51 Устави Немачке (члан 91 а став 3) и Шпаније (члан 131, став 2).

52 Устав Италије (члан 45) који изричито утврђује да држава признаје друштвену функцију задругарства које има карактер узајамног помагања а не циљ приватне шпекулације.

53 Устав Француске (чл. 76 – ревизије Устава из 1993, 1995, 1998, 1999, 2000 и 2003).

области које су релевантне за животну средину између различитих нивоа власти и др.); обиму регулативе која се креће од општих норми (свако има право / свако је дужан) до регулисања одговорности за заштиту животне средине (обавеза јавних власти / обавеза власти и грађана); различитим природним ресурсима значајним за животну средину и развој који се посебно наводе и др. То говори да ова материја још увек трага за својим правим местом у уставној регулативи.

Неколико питања издвајају се с обзиром на значај и утицај који имају на ограничење слободе предузетништва.

1. *Право на здраву животну средину као одговорност јавних власти према будућим генерацијама* је полазна и темељна претпоставка ограничења права на предузетништво. У том контексту указујемо на примере компаративне уставности који као једну од темељних вредности уставног поретка наводе „уређење и хуманизацију простора и унапређење и поштовање животне средине“⁵⁴, или на различите начине конституционализују принцип одрживог развоја као обавезу централних и регионалних власти да предузимају активности како би се „створио један трајан и одмерен однос између природе и њене способности обнављања с једне стране и коришћења од стране људи с друге стране“⁵⁵; прописују обавезу јавних власти да воде „политику која гарантује еколошку сигурност садашњим и будућим поколењима“⁵⁶; демонстрирају свест о „одговорности према будућим генерацијама“ и обавезују државу да „законом и спровођењем других мера штити природна добра“⁵⁷ и животну средину.

2. *Очување и заштита животне средине као основ ограничења слободе предузетништва* регулисана је само у неким од анализираних устава. Уз друга уставом прописана ограничења права на предузетништво и својинских права само поједини уставни изричито прописују да је очување и заштита животне средине или заштита добара од посебног еколошког значаја, основ ограничења слободе предузетништва.⁵⁸ Специфичан вид заштите животне средине, природних богатстава и добара која може бити основ ограничења слободе предузетништва је и уставно регулисање својинских права на овим добрима и титулара својинских права (облици

54 Устав Македоније (члан 8, став 1, алинеје 8 и 10).

55 Устав Швајцарске (члан 73).

56 Устав Пољске (члан 74, став 1).

57 Устав Немачке (члан 20а).

58 Устави Црне Горе (члан 59), Хрватске (члан 52), Македоније (члан 55 став 3), Пољске (члан 31, став 3) Србије (члан 83, став 2), Републике Српске (члан 52).

својине: државна својина⁵⁹, државни монопол⁶⁰, јавна својина, друштвена својина, приватна својина⁶¹) титулари својинских права државна својина⁶², државни монопол⁶³, јавна својина, друштвена својина, приватна својина⁶⁴, својинска права странаца⁶⁵); посебан режим њиховог коришћења (законско регулисање режима коришћења ових ресурса⁶⁶, концесије⁶⁷ и могућност ограничења својинских права над овим добрима⁶⁸, обазриво и рационално коришћење појединих добара⁶⁹); посебна заштита ових добра⁷⁰ и одговорност за заштиту (првенствено држава⁷¹ али и сви други субјекти⁷²), елементарне непогоде као основ ограничења слободе предузетништва.⁷³

3. *Природни ресурси које устави идентификују, регулишу њихову заштиту и прописују посебан режим њиховог коришћења што јесу уједно и фактори ограничења слободе предузетништва.* Међу уставима бележе се значајне разлике с обзиром на садржај, обим и квалитет уставног регулисања природних добара и природних ресурса који су значајни за здраву животну средину. Као заштићена природна добра и природни ресурси идентификују се и издвајају:

- *Ваздух*⁷⁴ као природни ресурс који се посебно штити и у вези са којим устави регулишу: утврђивање јединствене граничне емисионе вредности

59 Устави Бугарске (члан 18, став 1), Русије (члан 9, став 2).

60 Устав Бугарске (члан 18, став 2).

61 Устав Русије (члан 9, став 2).

62 Устави Бугарске (члан 18, став 1), Русије (члан 9, став 2).

63 Устав Бугарске (члан 18, став 2).

64 Устав Русије (члан 9, став 2).

65 Устав Бугарске (члан 22).

66 Устав Хрватске (члан 52, став 2).

67 Устав Бугарске (члан 18, став 5).

68 Устави Италије (члан 44), Русије (члан 36, ставови 2 и 3).

69 Устав Швајцарске (члан 89) регулише принципе коришћења енергије: „довољно, вишеструко, сигурно, економично и еколошко енергетско снабдевање“, „штедљиву и рационалну енергетску потрошњу“, „коришћење домаћих обновљивих енергија“, „развој енергетских техника, посебно уштеде енергије и обновљиве енергије“ и др.

70 Устав Македоније (члан 56).

71 Устави Хрватске (члан 52, став 1), Италије (члан 9, став 2).

72 Устав Црне Горе (члан 78).

73 Устав Пољске (члан 233, став 3, у вези са чланом 22)

74 Устави Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11), Немачке (члан 74, став 1, тачка 24), Хрватске (члан 52).

за материје штетне по ваздух⁷⁵, прочишћавање ваздуха⁷⁶, одржавање чистоће ваздуха⁷⁷, ваздушни простор.⁷⁸

- *Вода*⁷⁹ се у већем броју устава препознаје као важан природни ресурс, али је садржај уставне регулативе различит. У неким уставима, поред бланкетне норме која воду одређује као ресурс који ужива посебну заштиту,⁸⁰ посебан акценат се ставља на крајобални плажни појас,⁸¹ море, морску обалу и острва.⁸² У другим уставима се акценат ставља само на неке воде (морску обалу,⁸³ обале, плаже, територијалне воде и природне изворе⁸⁴, земљиште отето од мора⁸⁵, мочваре⁸⁶, канале и наводњавање⁸⁷, минералне и термалне воде⁸⁸, налазишта вода⁸⁹ и посебно међународна и међукантонална налазишта вода⁹⁰). Устави регулишу и друга питања значајна за режим вода и очување овог природног ресурса (изградња и коришћење хидрауличних постројења⁹¹, домаћинско коришћење и заштита налазишта воде⁹², одбрана од штетних утицаја вода,⁹³ одржавање и откривање налазишта воде, коришћење вода за производњу енергије и за расхлађивање⁹⁴, захвати у кружни ток вода⁹⁵, доношење прописа о заштити

75 Устав Аустрије (члан 11, став 5).

76 Устав Немачке (члан 74, став 1, тачка 24).

77 Устав Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11).

78 Устав Хрватске (члан 52).

79 Устави Бугарске (члан 18, став 1), Хрватске (члан 52), Немачке (члан 74, став 1, тачка 17 и члан 91а, став 1), Шпаније (члан 132, став 2 и члан 148, став 1, тачка 10), Швајцарске (члан 76).

80 Устави Бугарске (члан 18, став 1) и Хрватске (члан 52).

81 Устав Бугарске (члан 18, став 1).

82 Устав Хрватске (члан 52).

83 Устав Немачке (члан 74, став 1, тачка 17 и члан 91а, став 1).

84 Устав Шпаније (члан 132, став 2).

85 Устав Белгије (члан 113).

86 Устав Белгије (члан 113).

87 Устав Шпаније (члан 148, став 1, тачка 10).

88 Устав Шпаније (члан 148, став 1, тачка 10).

89 Устав Швајцарске (члан 76, став 1).

90 Устав Швајцарске (члан 76, став 5).

91 Устав Шпаније (члан 148, став 1, тачка 10).

92 Устав Швајцарске (члан 76, став 1).

93 Устав Швајцарске (члан 76, став 1).

94 Устав Швајцарске (члан 76, став 2).

95 Устав Швајцарске (члан 76, став 2).

вода, обезбеђењу одговарајућих заосталих количина воде, водоградњи, обезбеђивању насипа и утицају атмосферских талога⁹⁶, надлежности регионалних власти везане за коришћење налазишта воде и могућност увођења пореза за коришћење налазишта воде⁹⁷, коришћење вода за саобраћајна предузећа уз плаћање пореза за коришћење⁹⁸, снабдевање водом⁹⁹, морски водени путеви и речни водени путеви од општег значаја¹⁰⁰ и др.).

Земља као важан природни ресурс регулише се у највећем броју анализираних устава.¹⁰¹ Акценат је на пољопривредном и обрадивом земљишту, начину коришћења овог земљишта (рационално и планско коришћење¹⁰², коришћење само у пољопривредне сврхе уз могућност промене намене земљишта само изузетно уколико је доказана потреба за тим, под условима и на начин прописан законом¹⁰³, коришћење у складу са општим интересом посебно ако се ради о промени намене пољопривредног земљишта¹⁰⁴, уређење земљишта¹⁰⁵, побољшавање аграрне структуре¹⁰⁶, регионалне институције за кредитирање пољопривреде и развој земљишта¹⁰⁷ и др.), као и на заштити пољопривредног и обрадивог земљишта¹⁰⁸. Посебно детаљно ово је регулисано у Уставу Швајцарске¹⁰⁹.

96 Устав Швајцарске (члан 76, став 3).

97 Устав Швајцарске (члан 76, став 4).

98 Устав Швајцарске (члан 76, став 4).

99 Устав Немачке (члан 75, став 1, тачке 3 и 4).

100 Устав Немачке (члан 74, став 1, тачка 21).

101 Устави Аустрије (члан 14, ставови 1, 2, 4 и 5), Белгије (члан 113), Бугарске (члан 21), Хрватске (члан 52), Италије (члан 44 и члан 117, став 2), Немачке (члан 75, став 1, тачке 3, 4 и 17), Пољске (члан 23), Русије (члан 9, став 2), Словеније (члан 71, став 1 и 2), Србије (члан 88, ст. 1), Шпаније (члан 47, став 1).

102 Устав Хрватске (члан 52).

103 Устав Бугарске (члан 21, став 2).

104 Устав Шпаније (члан 47, став 1).

105 Устав Немачке (члан 75, став 1, тачке 3 и 4).

106 Устав Немачке (члан 91а, став 1, тачка 3).

107 Устав Италије (члан 114, став 2).

108 Устави Аустрије (члан 14, став 1, 2, 4 и 5), Бугарске (члан 21), Немачке (члан 74, став 1, тачка 17), Пољске (члан 23), Словеније (члан 71, став 1 и 2), Србије (члан 88, став 1), Шпаније (члан 47, став 1 и члан 130, став 1).

109 Устав Швајцарске (члан 104) прописује да „1. Конфедерација води бригу о томе да пољопривреда једном континуираном тржишном производњом даје значајан допринос: А. сигурном снабдевању становништва; Б. одржавању природних услова за живот и неговању културе у сеоским пределима; Ц. децентрализованом насељавању

Поједини устави начелно прописују да је земља „основно национално богатство које је под посебном заштитом државе и друштва“¹¹⁰ као и да се земља користи и чува „као основа живота и рада народа који живи на одговарајућој територији“¹¹¹. Специфично решење садржи Устав Аустрије, који детаљно регулише школовање стручњака за област пољопривреде и шумарства¹¹².

земље. 2. Као допуна очекиваној самопомоћи пољопривреде Конфедерација унапређује сеоска имања која обрађују земљу, а ако је то потребно и одступањем од начела слободне привреде. 3. Она своје мере усмерава тако да пољопривреда испуњава своје мултифункционалне задатке. Она има посебне дужности и задатке: А. допуњује сеоске приходе директним уплатама у циљу одговарајуће накнаде за показани учинак, под условом да могу да пруже доказе о еколошком раду; Б. економски исплативим изазовима унапређује облике производње који су блиски природи, животињама и еколошким принципима; Д. доноси прописе у вези са декларацијом о пореклу, квалитету, методама производње и поступцима за прераду животних намирница; Д. штити животну средину од угрожавања кроз прекомерно коришћење ђубрива, хемикалија и других помоћних материјала; Е. може да помаже у истраживању, саветовању и образовању у области пољопривреде, као и да пружи инвестициону помоћ; Ф. може да донесе прописе за учвршћивање сеоских поседа.

4. Она за то користи средства из области пољопривреде која су намењена у те сврхе, као и општа средства Конфедерације.“ (члан 104 – пољопривреда)

110 Устав Бугарске (члан 21, ст. 1).

111 Устав Русије (члан 9, став 2).

112 Устав Аустрије (члан 14, став 1, 2, 4, и 5) „1. У школству у области пољопривреде и шумарства као и у области пољопривредног и шумарског васпитања у пословима школских домова... доношење и спровођење закона је у покрајинској надлежности, уколико у другим ставовима није другачије одређено. Послови високог школства не спадају у области пољопривреде и шумарства. 2. У савезној надлежности је доношење закона и њихово спровођење у следећим пословима: а. виши пољопривредни и шумарски наставни заводи за образовање и усавршавање наставника пољопривредних и шумарских школа; б. стручне школе за образовање шумарског особља; ц. јавне пољопривредне и шумарске стручне школе које су у циљу обављања планом и програмом предвиђених вежби организационо повезане са неком од јавних школа или са неким савезним пољопривредним или шумарским огледним заводом; д. школски домови који су искључиво или претежно одређени за ученика под тачкама а. до д.; ђ. субвенције трошкова особља професионалних пољопривредних и шумарских школа; е. савезни пољопривредни и шумарски огледни заводи који су организационо повезани са пољопривредном или шумарском школом коју одржава Савез у циљу обављања планом и програмом предвиђених вежби у овим школама. 4. У савезној надлежности је доношење закона о принципима, у покрајинској надлежности је доношење закона о извршењу и њихово спровођење: а. у области пољопривредних и шумарских професионалних школа: у пословима како одређивања образовног циља и обавезних предмета и бесплатне наставе тако и пословима школске обавезе и преласка из школе једне покрајине у школу других покрајина; б. у области пољопривредних и шумарских професионалних школа: у пословима одређивања услова пријема, циља образовања,

Рудна богатства (подземна богатства) као значајан развојни ресурс се различито регулишу у уставима, а терминологија је неуједначена. Рудна богатства или рударство изричито се помињу само у неколико устава¹¹³, док се у већини устава користе општи појмови чије значење је шире, као на пример: природна богатства¹¹⁴, природни ресурси¹¹⁵, добра од општег интереса¹¹⁶, природни извори¹¹⁷, природна баштина¹¹⁸ и сл. Норме су најчешће начелне и укључују све природне ресурсе. Изостаје ближе регулисање коришћења и заштите ових ресурса, или се упућује на законско регулисање ових питања.¹¹⁹ У више устава прописује се својински режим и начин коришћења ових добара.¹²⁰ Само поједини уставни ближе регулишу режим коришћења ових добара стављајући акценат на рационално коришћење¹²¹ или утврђују да се ова добра морају користити на начин да се заштите и побољшају услови живота и заштити и обнови животна средина¹²², односно да се овим ресурсима може слободно располагати под условом да се тиме не наноси „штета животної средини и не нарушавају права и законски интереси других лица“¹²³.

облика организације, обима наставе и обавезних предмета, бесплатности наставе и преласка из школе једне покрајине у школу других покрајина; ц. пословима јавног права приватних пољопривредних и шумарских професионалних и стручних школа са изузетком школа које потпадају под ст. 2, тачка б. (стручне школе за образовање шумарског особља). 5. Формирање пољопривредних и шумарских школа и огледних завода дозвољено је само ако је покрајинска влада у покрајини, у којој стручна школа, односно огледни завод треба да има своје седиште, дала своју сагласност. Ова сагласност није неопходна ако се ради о формирању пољопривредне или шумарске стручне школе које треба да се организационо повежу са заводом за савршавање и образовање наставника пољопривредних и шумарских школа у циљу обезбеђења планом и програмом предвиђених вежби.“

113 На пример, у уставима Аустрије (чл. 10, ст. 1, тачка 10), Бугарске (чл. 18, ст. 1), Хрватске (чл. 52), Македоније (чл. 56, ст. 1), Шпаније (чл. 45, ст. 2)

114 Устави Македоније (чл. 56, ст. 1), Словеније (чл. 70, ст. 2 и 3), Србије (чл. 85, ст. 2).

115 Устав Русије (чл. 9, ст. 1).

116 Устав Србије (чл. 88, ст. 1).

117 Устав Шпаније (чл. 45, ст. 2).

118 Устав Црне Горе (чл. 78).

119 Устави Словеније (чл. 70, ст. 2 и 3), Србије (чл. 85, ст. 2).

120 На пример, уставни Бугарске (чл. 22, ст. 1), Црне Горе (чл. 58, ст. 3 и чл. 59), Немачке (чл. 15), Русије (чл. 36, ст. 2), Словеније (чл. 70, ст. 3), Србије (чл. 85, ст. 1 и 2 и чл. 87, ст. 1 и 2), Шпаније (чл. 128 и чл. 131, ст. 1).

121 Устав Шпаније (чл. 45, ст. 2).

122 Устав Шпаније (чл. 45, ст. 2).

123 Устав Русије (чл. 36, ст. 2).

Флора и фауна су неодвојиви део животне средине и предмет су уставне регулативе. Уставна решења разликују, с обзиром на садржај и обим уставне регулативе, као и добра на која се ставља акценат. У неким уставима се начелном одредбом прописује посебна заштита биљног и животињског света као и других делова природе¹²⁴, природних резервата¹²⁵, посебних екосистема¹²⁶. У другим уставима акценат је на заштити појединих делова фауне, а посебно: шуме¹²⁷, посебан режим и заштита шума,¹²⁸ шумско земљиште¹²⁹ и експлоатације шума¹³⁰, пашњаци¹³¹, паркови од националног значаја¹³², планински предели¹³³ укључујући и посебне мере за планинске зоне¹³⁴, континентални појас а посебно проучавање, разрада, коришћење, очување и привређивање, водећи рачуна о биолошким, минералним и енергетским ресурсима у тим морским просторима,¹³⁵ пешачке стазе и шеталишта¹³⁶. У неким уставима регулише се заштита биља од болести и штеточина¹³⁷, посебно заштита пољопривредног и шумског биља¹³⁸, промет усева и биља¹³⁹, ђубрива за биља и уређаји за заштиту биља, укључујући одобравање и признавање врста усева и биља¹⁴⁰ и др.

Устави регулишу и производњу, промет, коришћење и руковање материјама и производима који могу угрозити животну средину. Све ове уставне одредбе постављају уједно и оквир у коме се остварује слобода

124 Устави Хрватске (чл. 52) и Македоније (чл. 56, ст. 1).

125 Устав Бугарске (чл. 18, ст. 1).

126 Устав Италије (чл. 117, ст. 1).

127 На пример, Устав Швајцарске (чл. 77) „1. Конфедерација води бригу о томе да шуме могу да испуне своје функције у погледу заштите, коришћења и благостања. 2. Она утврђује принципе о заштити шума. 3. Она унапређује мере за одржавање шума.“.

128 Устави Аустрије (чл. 10, ст. 1, тачка 10), Бугарске (чл. 18, ст. 1), Хрватске (чл. 52), Немачке (чл. 74, ст. 1, тачка 17), Швајцарске (чл. 77).

129 Устав Србије (чл. 88, ст. 1).

130 Устав Шпаније (чл. 148, ст. 1, тачка 8).

131 Устав Аустрије (чл. 10, ст. 1, тачка 10).

132 Устав Бугарске (чл. 18, ст. 1).

133 Устав Шпаније (чл. 130, ст. 3).

134 Устав Италије (чл. 44).

135 Устав Бугарске (члан 18, став 2).

136 Устав Швајцарске (члан 88).

137 Устави Аустрије (члан 12, став 1, тачка 4) и Немачке (члан 74, став 1, тачка 20).

138 Устав Немачке (члан 74, став 1, тачка 20).

139 Устави Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11) и Немачке (члан 11 а, став 1, тачка 20).

140 Устав Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11).

предузетништва и фактор су њеног ограничења. Предмет регулативе је: руковање опасним и осталим отпадом¹⁴¹, производња и руковање фармацеутским производима¹⁴², производња радиоактивних производа, оружја, експлозивних материја и материја са снажним биолошким дејством¹⁴³, уклањање смећа, прочишћавање ваздуха и борба против буке¹⁴⁴, руковање лековима и опојним средствима, организмима, хемикалијама и предметима који могу да угрозе здравље¹⁴⁵, утврђивање јединствених граничних емисионих вредности за материје штетне по ваздух и одржавање чистоте ваздуха¹⁴⁶, транспорт течног или гасовитог горива или погонског материјала¹⁴⁷, мере за спречавање опасних оптерећивања човекове околине која настају прекорачењем граничних емисионих вредности¹⁴⁸, режим производње, трговине, држања и коришћења оружја и експлозива¹⁴⁹, производња, набавка, продаја, увоз, извоз и пролаз ратног материјала¹⁵⁰ и др. Посебан пример је Устав Аустрије¹⁵¹ који, поред осталог, регулише контролу и надзор над применом прописа који се односе на материје опасне по животну средину.

Природне лепоте, реткости и знаменитости и њихово очување и заштита, такође, чине уставну материју која се регулише начелним одредбама¹⁵² које одређују границе у којима се остварује слобода предузетништва.

141 Устав Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11).

142 Устав Шпаније (члан 163, став 1, тачка 16).

143 Устав Бугарске (члан 18, став 4).

144 Устав Немачке (члан 74, став 1 тачка 24)

145 Устав Швајцарске (члан 118)

146 Устав Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11 и члан 11, став 5).

147 Устав Швајцарске (члан 91).

148 Устав Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11).

149 Устав Шпаније (члан 149, став 1, тачка 26).

150 Устав Швајцарске (члан 107, став 2).

151 Устав Аустрије (члан 11, тачка 9) прописује да „Савезна влада и поједини савезни министри имају следећа овлашћења: 1. овлашћење да преко савезних органа стичу увид у акте покрајинских органа; 2. овлашћење да захтевају извештаје о примени закона и уредби донетих на савезном нивоу; 3. овлашћење да захтева све информације о спровођењу неопходне за припрему и доношење савезних закона и уредби; 4. овлашћење да у нарочитим случајевима захтева информације и увид у акте, уколико је то неопходно за примену других овлашћења.“

152 Устави Црне Горе (члан 78), Македоније (члан 56), Италије (члан 9, став 2), Немачке (члан 75, став 1, тачка 3), Русије (члан 9, став 1), Словеније (члан 73, став 1), Србије (члан 89, став 1), Шпаније (члан 45), Швајцарске (члан 78).

Енергија и различити извори енергије предмет су уставне регулативе која се односи на: рационално коришћење, производњу, пренос и дистрибуцију енергије, мере безбедности и трасе јаке струје, нацрте изградње и коришћење хидрауличних постројења¹⁵³. Неколико устава¹⁵⁴ посебно регулишу атомску енергију као енергетски извор, њену производњу и коришћење уз изричито наглашавање да се она користи у мирнодопске сврхе¹⁵⁵, заштиту од опасности насталих ослобађањем атомске енергије или јонизираним зрацима и уклањање радиоактивних материја и др. Устав Швајцарске¹⁵⁶ је илустративан пример и за ову област. Поред тога неки уставни регулишу још и: храну, контролу хране и животних намирница¹⁵⁷, посебан режим саобраћаја тешких возила у циљу заштите животне

153 Устави Аустрије (члан 10, став 1, тачке 9 и 10 и члан 12, став 1), Италије (члан 117, став 2), Швајцарске (члан 89 и члан 91), Шпаније (члан 45 и члан 149, став 1, тачка 21), Немачке (члан 74, став 1, тачка 11а).

154 Устави Аустрије (члан 10, став 1, тачке 10 и 11), Бугарске (члан 18, став 4), Немачке (члан 74, став 1, тачка 11а), Швајцарске (чланови 90 и 118).

155 Устав Немачке (члан 74, став 1, тачка 11а).

156 Устав Швајцарске (члан 89) прописује: „1. Конфедерација и кантони се у оквиру својих надлежности залажу за довољно, вишеструко, сигурно, економично и еколошко енергетско снабдевање, као и за штедљиву и рационалну енергетску потрошњу. 2. Конфедерација утврђује принципе о коришћењу домаћих обновљивих енергија и о штедљивом и рационалном искоришћењу енергије. 3. Конфедерација доноси прописе о потрошњи енергије, постројењима, возилима и уређајима. Она унапређује развој енергетских техника, поготово у областима уштеде енергије и обновљивих енергија. 4. За мере које се тичу потрошње енергије у зградама, надлежни су пре свега кантони. 5. Конфедерација у својој енергетској политици узима у обзир настојања кантона и општина као и привреде, она узима у обзир и односе у појединим пределима земље и економску подношљивост.“ Поред тога, Устав (чл. 91) регулише и транспорт енергије: „1. Конфедерација доноси прописе о транспорту и испоруци електричне енергије. 2. Законодавство о цевоводима за транспорт течног или гасовитог горива или погонског материјала су предмет Конфедерације“, и прописује надлежност конфедерације у области атомске енергије (чл. 90).

157 Устави Аустрије (члан 10, став 1, тачка 11), Италије (члан 117, став 2), Немачке (члан 74, став 1, тачка 20), Швајцарске (члан 104, став 3, тачка ц).

средине¹⁵⁸, порез на собраћај тешких возила¹⁵⁹, мере заштите животне средине и природе од последица друмског саобраћаја¹⁶⁰, заштиту животне средине од угрожавања због прекомерног коришћења ђубрива, хемикалија и других помоћних материјала¹⁶¹ и др.

8. Закључак

Увид у компаративну уставност упућује на неколико закључака.

Прво, право на предузетништво и слободу предузетништва данас гарантује велики број устава као и услове који стварају подесан амбијент за остваривање овог права (једнаки правни услови за обављање привредних делатности, самосталност привредних субјеката, слободно кретање роба, услуга и финансијских средстава, развијање конкуренције и подршка конкуренцији, одговорност привредних субјеката за преузете обавезе и др.).

Друго, право на предузетништво остварује се у границама прописаним уставом. Границе у којима се ово право остварује постављају људска права, принцип социјалне правде и на њега ослоњена уставна ограничења везана посебно за својински режим, титуларе својинских права и начин коришћења својине, специфичне забране (антимонополска клаузула) и заштита неких посебних права (заштита потрошача, право на здраву животну средину).

Треће, у контексту уставног начела да је здрава животна средина одговорност јавних власти према будућим генерацијама, као развојни ресурси који уживају посебну уставну заштиту издвајају се вода, ваздух, земља, рудна богатства, флора и фауна, енергија чије коришћење и

158 Устав Швајцарске (члан 84) регулише транзитни саобраћај тешких возила преко Алпа: „1. Конфедерација штити Алпску област од негативних последица транзитног саобраћаја. Она оптерећеност транзитним саобраћајем ограничава на једну меру која није штетна за људе, животиње и биљке као и животне просторе. 2. Транзитни робни саобраћај преко Алпа од границе до границе одвија се железницом. Савезно веће доноси неопходне мере. Изузеци су дозвољени само ако се не могу избећи. Они морају да буду законом ближе објашњени. 3. Капацитет транзитних путева у Алпској области не сме да се повећава. Од овог ограничења изузети су заобилазни путеви који растеређују насељена места од транзитног саобраћаја“.

159 Устав Швајцарске (члан 85, став 1) утврђује право на увођење пореза на саобраћај тешких возила у зависности од снаге и потрошње.

160 Устав Швајцарске (члан 86, став 3, тачка д).

161 Устав Швајцарске (члан 104, став 3, тачка д).

заштита је предмет уставне регулативе и која уједно поставља границе остваривања права на предузетништво.

Четврто, иако још нису обликовани стандарди у конституционализацији права на здраву животну средину, па се решења у компаративној уставности разликују по приступу уставној регулативи, одређењу садржине ових права, обиму и садржају уставне регулативе и др. увид у компаративна искуства упућује на закључак да је легитимно, корисно и потребно отворити дебату о конституционализацији принципа одрживог развоја. Поред начела владавине права и начела социјалне правде, принцип одрживог развоја који је за заједницу једнако значајан, могао би наћи своје место у уставима у не тако далекој будућности.

Marijana Pajvančić, LL. D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Novi Sad

CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO ENTREPRENEURSHIP AND RELATED RIGHTS

Summary

This paper is a working basis for reviewing the constitutional guarantees and the manner of constitutional regulation of developmental resources and the capacity of society in comparative constitutionality. The aim of this contribution is to provide insight into the experiences of comparative constitutionality and how the constitutions regulate the issues important for the development of society in order to improve the constitutional regulation of development issues in the context of the solution contained in the Constitution of the Republic of Serbia. The key issue important for considering the constitutionalization of development issues is the constitutional regulation of the right to entrepreneurship and economic activity, the scope and content of the constitutional guarantee of these rights, with reference to the limitations of these rights, in particular restrictions that are based on equally important rights - the right to a healthy life and the right to healthy living environment, which also entail the protection of natural resources and the environment.

The following constitutions have been used as examples of comparative constitutionality: the constitutions of Austria, Belgium, Bulgaria, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Denmark, France, Croatia, Italy, Macedonia, Germany, Poland, Russia, Republika Srpska, Slovenia, Slovakia, Serbia, Switzerland, and Spain. In the selection of constitutions whose provisions were included in the research, several criteria were taken into account: the choice included the constitutions of the EU member states, the constitutions of the former socialist countries that are now members of the European Union, the constitutions of the countries of the region, the constitutions of the countries which are currently in the process of negotiations with the European Union, and the constitutions of the countries which used to be part of the same (federal) state until the dissolution of the SFRY. Such a choice of constitutions provides an opportunity to consider various social and political contexts in which constitutional rules were created, to examine the specific constitutional solutions in a wider context and, thus, provide a more comprehensive insight into these solutions.

Keywords: *comparative constitutional law, right to entrepreneurship, human rights.*

Др Драган Батавелић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Крагујевцу

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ
doi:10.5937/zrpfni1881461B

UDK: 342.4:342.56(497.11)
Рад примљен: 10.07.2018.
Рад прихваћен: 19.09.2018.

АКТУЕЛНА УСТАВНА РЕФОРМА У СРБИЈИ, С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СУДСКУ ВЛАСТ

Апстракт: Аутор у раду најпре указује да се наша земља налази у процесу интензивног преговарања о чланству и приступању великој европској породици. Због тога је неопходно приступити уставној реформи и анализирати искуства садашњих чланица Европске уније. Ту се мисли, најпре, на Републику Словенију и Републику Хрватску, које су недавно постале саставни део Уније. Све ове државе су морале једанпут или више пута да промене свој основни закон ради усклађивања свог законодавства са законодавством Европске уније. У раду се тражи одговор на питање начина приступања промени важећег устава, тј. да ли вршити парцијалну или тоталну промену. Такође, аутор указује на бројне недостатке савремених уставних решења у Републици Србији и неопходност њиховог отклањања. Зато је посебну пажњу поклатио анализи Радног текста амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије (I–XXIV). Аутор је, притом, дао образложења и указао на препоруке Венецијанске комисије, као и примедбе које су уочене током јавне расправе. Рад, посебно, указује на неопходност прихватања европских стандарда и усвојених међународних докумената, као и детаљну анализу уочених недостатака током јавне расправе и озбиљних приговора упућених на радни текст амандмана. Коначно, када су у питању континуирано образовање, унапређење стеченог знања и улазак у правосудну професију, аутор предлаже упоредну анализу решења у бившим југословенским републикама, као и земљама у нашем окружењу.

Кључне речи: Устав Републике Србије, уставна реформа, Европска унија, амандмани, интегративна клаузула, судска власт, независност правосуђа, Високи савет судства, јавно тужилаштво, Високи савет тужилаца.

* bataveljic@jura.kg.ac.rs

1. Увод

Република Србија се налази у процесу преговарања о чланству и приступања Европској унији и тај процес је актуелан и веома интензиван, имајући у виду да се од наше земље и садашње власти, отварањем одређених преговарачких поглавља, тражи испуњавање бројних услова. Досадашња искуства која су имале садашње чланице велике европске породице показују да је, у овом процесу, неминовна промена Устава. Када је у питању важећи устав Републике Србије из 2006. године, треба рећи да је за промену већине одредаба његовог нормативног дела и за промену Преамбуле потребно два пута обезбедити гласове 2/3 укупног броја народних представника републичког парламента. Наиме, ову двотрећинску већину је потребно обезбедити, најпре за усвајање предлога за измену, а затим и за усвајање саме измене. Такође, потребно је обезбедити и потврду на референдуму од већине бирача који изађу на референдум¹. Када је реч о уставима неких земаља које су већ постале чланице Европске уније, треба рећи да су се поједини од њих мењали и више пута, а промене су биле потребне ради увођења тзв. интегративних клаузула у те акте, затим због њиховог усклађивања са обавезама из чланства у Унији, а потреба за изменом устава државе чланице може да настане и због промена у функционисању саме Уније. С обзиром на то да је Устав Републике Србије својим одредбама предвидео сложену процедуру промене и квалификовану већину укупног броја посланика Народне скупштине, он спада у категорију тзв. чврстих (ригидних, крутих) устава.

Када је реч о важећем уставу Републике Србије из 2006. године, треба рећи да и за њега важе наведена правила, тј. да је неопходна његова двострука промена, а можда и вишеструка. Ова могућност да наш устав буде промењен и више од два пута постоји због чињенице да недостаје стратешки приступ уставним променама у вези са приступањем Европској унији, као и због тога што постоје бројне друге иницијативе за измену нашег највишег општег правног акта, које, међутим, нису у непосредној вези са наведеним приступањем и стицањем својства члана Европске уније. Ми смо, у досадашњој уставној историји која је, гледано у светским размерама и историјским епохама, доста кратка (нешто више од 200 година, тј. од почетка стварања модерне српске државе и подизања Првог српског устанка 1804. године), имали честе промене постојећих устава и доношење нових. То нас сврстава међу прве у свету, али се, нажалост, тиме не смемо хвалити. Наиме, уставни доноси се доносе за будућност, са намером да трају што дуже (тј. неколико деценија, па чак и векова, као што је то

1 Члан 203 Устава. Овде треба нагласити да би референдум био потребан и ако би се усвајао потпуно нови документ Устава.

случај са доајеном међу уставима – Уставом САД из 1787. године, који је допуњен са 27 амандмана). Да би се то постигло, његово доношење мора да буде споро, темељно, свеобухватно, да буде резултат вишегодишње јавне расправе и да се постигне сагласност у вези његовог текста, бар од већине становништва. Овај услов, међутим, није био код нас увек испуњен и многи уставни су били доношени на брзину, тако рећи преко ноћи, без јавне расправе и без упознавања са садржином самог текста ових аката од стране оних који су гласали. Таква је ситуација била и са овим, најновијим, важећим уставом из 2006. године, што се, најчешће, наводи као његов главни недостатак. Зато постоји готово општа сагласност за многим изменама важећих уставних решења, при чему је потребно целовито сагледавање и прављење свеобухватног плана уставне ревизије.

2. Начин приступања промени важећег устава

Овде постоји основна дилема како ће се приступати овој ревизији, на шта треба да пружи одговор план уставних промена. Наиме, потребно је добити одговор на питање да ли ће се наведеним изменама приступати парцијално, тј. онако како оне буду идентификоване у вези са приступањем Европској унији (на пример, то је случај са правосуђем), или ће све потребне измене које се не односе на интегративну клаузулу бити усвојене заједно. Оно што је посебно значајно јесте чињеница да такав свеобухватни план, који треба да пружи одговор на бројна питања, не може и не сме да буде посао једног уског круга државних службеника и функционера. Напротив, план мора да буде резултат широког консензуса – и политичког, и друштвеног. Србији је потребан модеран и либералан устав, који се заснива на владавини права и уважава највише стандарде заштите људских права, уз строго ограничавање деловања државе.

Држава Србија је преузела бројне обавезе усвајањем Акционог плана за Поглавље 23², с обзиром на то да се неколико тачака овог плана односи на доношење устава. Наиме, неспорно је да уставна реформа представља основни (први) корак у гаранцији правосуђа, јер измене уставног текста треба да унапреде независност правосуђа и ојачају тужилаштво, које акциони план наводи као коначни циљ. Због тога је документ који представља изразу коментара на Устав Републике Србије из 2006. године и праваца измене послат на све одговарајуће адресе унутар наше државе. Овај документ је резултат анализе из 2014. године коју је урадила радна група састављена од компетентних чланова (стручњака, судија, професора и других). Наведени документ је требало да представља основу за све

2 Преговарачко поглавље под називом „Правосуђе и основна права“.

даље измене Устава и спровођење начела поделе власти, после чега је уследио следећи корак, који се састојао у изради радне верзије амандмана на Устав³. Ова верзија је била на јавној расправи, али су до сада сви рокови одавно протекли, с обзиром на то да се раније говорило о доношењу новог устава, најкасније до краја 2017. године. Данас се то не може са сигурношћу рећи ни да ће бити до краја 2018. године, иако је држава себи зацртала овај рок. Међутим, то је сувише близу, па је, отуда, тешко поверовати да ће се у наредном периоду од само неколико месеци (нешто више од пола године), појавити предлог који треба да добије зелено светло, не само у Народној скупштини Републике Србије, него и на референдуму грађана Србије. Наиме, из редова владајуће коалиције коју предводи Српска напредна странка, од појединих партија стижу упозорења, па чак и противљења измени Устава, са разлога што је, по њиховом мишљењу, „очување садашњег Устава и Преамбуле да је Косово и Метохија саставни део Србије, главна брана од претњи албанских сепаратиста и званичника Албаније по суверенитет и територијални интегритет Србије“.

Оно што је веома битно нагласити јесте чињеница да ни у бившој Југославији, као федерацији, ни у Републици Србији, као самосталној држави, правосуђе није имало пуну независност, већ је увек било, мање или више политичких притисака, што је доводило до политизације и удаљавања од начела поделе власти на законодавну, извршну и судску. Зато би овим предстојећим уставним изменама то требало исправити и омогућити да правосуђе буде контролисано само од два правосудна савета – Високог савета судства и Високог савета тужилаца, као и то да више од половине чланова ова два значајна правосудна органа чине судије, односно тужиоци. То предвиђа и Акциони план за Поглавље 23, а на чему је инсистирала и Венецијанска комисија, као стручно тело Савета Европе⁴. Такође, наведена Комисија посебну пажњу обраћа на састав правосудних органа и то како у земљама чланицама, тако и у земљама кандидатима.

3. Недостаци савремених уставних решења у Републици Србији

У овом делу рада, најпре, морамо да укажемо на чињеницу јачања извршне, а слабљења законодавне власти. То је последица, пре свега, повећања удела егzekутиве у доношењу општих правних норми, као и пораста улоге других

3 Као носиоци активности у Акционом плану за поглавље 23 наведени су следећи субјекти: Народна скупштина Републике Србије, Влада Републике Србије и Радна група за израду радног текста Устава.

4 Улога ове комисије јесте да се стара о томе да законодавства и прописи свих европских земаља буду на највишем могућем нивоу, уз поштовање највиших стандарда и најбоље праксе.

субјеката који су овлашћени да доносе подзаконске, а не законске акте. Наиме, овде долази до сужавања надлежности законодавца, а та чињеница има за последицу поремећај у спровођењу начела поделе власти, који је прихваћен као критеријум за организацију власти према важећем уставу⁵. Главни разлог такве појаве јесте све већи утицај политичких странака, као и њихова, све већа, овлашћења у односу на органе који спроводе изборе. Зато се дешава да, и поред тога што највећи број устава демократских земаља својим одредбама забрањује *партократију*⁶, евидентно је да такав „извитоперени“ облик демократије постоји. Тако, на пример, ако анализирамо корпус надлежности Народне скупштине Републике Србије, лако можемо уочити да је њена основна делатност нормативна, путем које републички парламент ствара право. Наравно, у овај корпус спадају и изборне надлежности, затим одлучивања о рату и миру итд. Коначно, веома је значајна контролна функција Народне скупштине, коју она врши над радом Владе и других функционера, одговорних републичком народном представништву, али се та контрола не налази на оном нивоу који је потребан и како је то предвиђено одговарајућим уставним одредбама. Као пример за то можемо навести решење које је садржано у члану 4, став 3 важећег устава, који недвосмислено прописује да се однос три гране власти (законодавне, извршне и судске) заснива на „равнотежи и међусобној контроли“, а наведена „равнотежа и међусобна контрола“ се заснивају на примени одређених механизма. У ове механизме се могу убројати: 1) скупштински одбори, 2) анкетни одбори, 3) посланичко питање, 4) интерпелација и 5) гласање о неповерењу Влади или члану Владе. Међутим, досадашња примена важећег устава је довела до закључка да, како у уставној теорији (тексту Устава), тако и у уставној пракси (реалном животу), постоје одређени недостаци и они представљају главне разлоге непоштовања (неспровођења) предвиђеног начела поделе власти.

Анализирајући независност судске власти у Републици Србији, мора се, најпре, указати на то да су уставна решења којима је било предвиђено уређење судова била често пута предмет бројних критика и расправа. Наиме, веома често цитирани члан 4 Устава Републике Србије из 2006.

5 Овде треба напоменути да се таква ситуација не среће само код нас, него и у многим другим земљама савременог света. Наиме, ова појава јачања извршне власти у односу на законодавну власт, представља савремени тренд, што доводи до тога да неким развијеним земљама света парламент, као законодавни орган, постаје више институција у којој се народни представници окупљају и расправљају и, тако, народно представништво постаје све више обична „причаоница“.

6 Патрократија представља такав облик владавине којим је политички процес у једној земљи подређен интересима једне или више политичких странака у односу на грађане као носиоце суверености.

године, утврђује принцип поделе власти у нашој земљи на законодавну, извршну и судску и гарантује независност судске власти. Међутим, уставна решења која су садржана у уставним одредбама чланова 142–165 Устава, од самог доношења овог највишег општег правног акта, била су изложена критици, пре свега, због тога што ови чланови нашег устава нису предвидели чврсте гаранције судске независности, тј. независности судске власти у односу на извршну власт. Притом треба нагласити да са нормативне стране ту не би имало неких већих замерки у погледу гаранције судске независности, с обзиром на то да је ставом 1 члана 32 Устава Републике Србије предвиђено да свако има „право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама“⁷. Међутим, када се посматра уставна пракса и реални живот, онда то није тако.

Поред тога, постојале су примедбе и у погледу Високог савета судства, пре свега, када је у питању његов састав, избор и надлежност. Наиме, ове примедбе су стизале, како од домаће стручне јавности, тако и од одговарајућих институција Европске уније, као и од органа ван Европске уније. Тако је, на пример, Комитет министара Савета Европе у погледу састава Високог савета судства упутио предлог да у оквиру овог правосудног органа буду изабране судије које би представљале судове свих врста и степена. Такође, бројне су биле примедбе на избор чланова Високог савета судства, с обзиром на то да њих бира Народна скупштина Републике Србије, као политички орган, састављен од народних представника (посланика), а не неки стручни орган, састављен од високих професионалаца и најбољих познавалаца права (на пример, Врховни касациони суд, Државно веће тужилаца, Комитет правника, Академија наука и слично). То је био разлог за постојање озбиљних критика стручне јавности од самог формирања Високог савета судства.

Када је реч о судијама, као носиоцима правосудне функције, и теорија, и пракса се слажу у ставу да је Уставом из 2006. године њихов положај погоршан у односу на решења предвиђена Уставом из 1990. године. Ту мислимо, пре свега, на њихову независност коју није могуће обезбедити без сталности. Наиме, сталност носилаца правосудне функције је потребна да би се они сачували од некаквих изненадних реформи, лустрација, разрешења и томе слично (то се десило реформом правосуђа из 2009. године, када су бројни носиоци правосудних функција – њих 837, остали без посла у једном

⁷ Слично решење има и Европска конвенција за заштиту људских права из 1950. године, која је утврдила у члану 6, став 1 да свако има „право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона“.

дану, јер су замењени без поштовања унапред предвиђених критеријума). Законодавна и извршна власт су политичке власти, за разлику од судске која је стручна власт и за коју се траже високи критеријуми приликом избора на одговарајућу функцију (знање, потврђене одлуке, континуирана едукација, стално усавршавање, високи резултати рада, препоруке одговарајућих институција и слично). Зато се од Високог савета судства много очекивало и очекује – пре свега, да допринесе професионализацији носилаца правосудних функција поштовањем предвиђених критеријума за њихов избор (стручност, искуство и квалитет), а смањивање утицаја политике и идеолошке припадности приликом њиховог избора. То је био један од основних разлога да је Народна скупштина Републике Србије донела Националну стратегију реформе правосућа за период 2013–2018. година. То је учињено 1. јула 2013. године на седмом ванредном заседању овог органа у 2013. години, ради обезбеђивања што веће независности носилаца правосудних функција и непристрасности приликом доношења одлука, унапређивања стручности, одговорности и ефикасности судске власти, уопште.

Да би дошло до спровођења наведене стратегије, неопходно је извршити уставну ревизију, тј. промену појединих уставних одредаба, које су предвиђене важећим уставом. Као што смо већ навели, ове промене се тичу, пре свега, елиминисања политике приликом избора носилаца правосудних функција или свођење политичког утицаја на најмању могућу меру. Поред тога, промене Устава из 2006. године су потребне и када је реч о решењима за састав Високог савета судства и Државног већа тужилаца, с обзиром на то да су у оквиру ових органа представници законодавне и извршне власти. Оваква очекивања постоје и када је реч о јавном тужилаштву. Ту се мисли, пре свега, на његову самосталност, пошто је важећим уставом гарантована самосталност тужилаштва, али не и носиоцима тужилачке функције. Због тога, ова стратегија предвиђа промену одредаба Устава, које се односе на избор јавних тужиоца и њихових заменика⁸.

Венецијанска комисија Савета Европе⁹ је своје критике упућивала још од 2005. године, а најчешће се помињу њене примедбе поводом уочених неправилности које се тичу устројства судске власти. Она је ове своје замерке изнела 2007. године, а тичу се, пре свега, независности судске власти у односу на законодавну и извршну власт. Преговарачко поглавље

8 На ово је, више пута указивала и Венецијанска комисија, износећи свој став, према коме садашњи начин избора носилаца јавно-тужилачке функције омогућава непотребну политизацију.

9 Европска комисија за демократију путем права (*European Commission for Democracy through Law*).

23, које је посвећено правосуђу и основним правима, од кључног је значаја за даљи пут наше земље ка чланству у Европској унији, тако да је и Влада Републике Србије, још октобра месеца 2015. године, усвојила тзв. Акциони план за Поглавље 23. и доставила га Европској унији. Овај план је предвидео значајан број мера за исправљање уочених недостатака које, међутим, захтевају промену Устава из 2006. године. Треба навести чињеницу да је наведени акциони план предвидео организовање и вођење стручне јавне расправе (које, нажалост, није било приликом доношења важећег устава) поводом уставне ревизије, као и њену финализацију (спровођење и усвајање уставних промена) до краја 2017. године. Међутим, као што видимо, рок није испоштован и питање је да ли ће то бити до краја 2018. године.

Република Србија је, до сада, доста урадила на спровођењу детаљне анализе постојећих решења, организовања јавне расправе и узимања у обзир препоруке Венецијанске комисије. То је учињено ради обезбеђивања независности правосуђа и носилаца правосудних функција, при чему је посебна пажња поклоњена запошљавању судија, избору председника судова и тужилаца, начину њиховог именовања и уклањању са функција, саставу Високог савета судства и Државног већа тужилаца, као и њиховој улози у избору носилаца правосудних функција. Посебно се потенцирало питање елиминисања утицаја политике, тј. законодавне и извршне власти на судску власт, а све у циљу обезбеђивања потпуне независности судства. Само се тако може обезбедити доследно поштовање начела поделе власти, које представља основни критеријум (принцип) према коме треба да буде организована власт у Републици Србији. Наиме, важећи устав, на самом почетку, утврђује да уређење власти почива на њеној подели на законодавну, извршну и судску и да се однос ове три власти заснива на равнотежи, при чему је судска власт независна (члан 4, став 2, 3 и 4). Према садашњем стању ствари, ова уставна претпоставка није испуњена и предстојећим уставним променама уочени недостаци треба да буду отклоњени.

Поред тога, треба указати на чињеницу да, и поред скоро тродеценијског трагања за најоптималнијим изборним системом (почев од 1990. године, када је уведен и званично вишепартијски систем), до сада ту нисмо имали потпуни успех. Наиме, неспорно је да изборни систем представља једну од најважнијих категорија, са изузетно великим утицајем на демократизацију једног друштва и политичког система. Његова основна функција јесте да (ако се сликовито изразимо) преведе гласове у мандате и народне представнике, тако да он директно утиче на односе између политичких субјеката и њихово политичко организовање, посебно на кандидовање,

комуникацију, политичке односе, опредељења бирача, њихову политичку културу и слично. Зато се код нас, као што смо навели, деценијама уназад води расправа о томе који је изборни систем најбољи – већински, пропорционални, мешовити или, можда, неки новопронађени. Неспорно је да је сваки од ових система, који су до сада примењивани, показао, како своје предности, тако и своје недостатке. Зато је неопходно да, ако желимо да пронађемо тај, најбољи, оптимални изборни систем, вршимо комбиновање свих оних позитивних својстава ових система примењиваних у пракси, како би се, на тај начин, утицало на политички живот у нашој земљи и политичке односе¹⁰. Актуелни начин избора народних посланика у Републици Србији води деперсонализацији, јер се народни посланици не бирају директно, тј. гласањем за одређено име и презиме, него гласањем за политичке субјекте или, боље рећи, за њихове лидере. Значи, нема персонализације избора, тако да када се кандидати за посланике појаве у кампањама пред изборе, они не презентују себе бирачком телу, него политичку партију која их је кандидовала (и, наравно, њеног лидера). То за последицу има отуђеност (потпуну) представника који добију своје мандате у Народној скупштини и бирача који су их изабрали и својим гласовима те мандате омогућили¹¹.

Такође, поред деперсонализације изборног система, присутна је и метрополизиација (београдизација) Народне скупштине Републике Србије, с обзиром на то да, у последњих неколико сазива, највише посланика (више од половине) долази из Београда и Новог Сада, као два највећа града наше земље. Често се дешавало да скоро 2/3 народних посланика долази из Београда, Новог Сада, Ниша и Крагујевца, што је последица таквог изборног система, у коме је Србија једна изборна јединица, а политичке партије нису обавезне да воде рачуна о територијалној заступљености. Тако се дешава да читави делови Републике Србије не буду покривени својим представницима и да не могу у републичком парламенту да се боре за своје интересе. Поред тога, као једна од мана актуелног изборног система, јесте и тзв. фрагментација и индиректна парламентаризација, која настаје као последица чињенице да је исти изборни праг (5%) предвиђен, како за коалиције, тако и за појединце. Пошто је борба за власт и улазак у

10 Од 2000. године Република Србија примењује пропорционалан систем, при чему је она једна изборна јединица, а изборни праг је 5%. На изборима се могу кандидовати регистроване политичке партије и њихове коалиције, као и групе грађана, а расподела мандата се врши применом Д'Онтовог система. Притом, они који учествују на изборима предају потпуну изборну листу са 250 кандидата за народне посланике, тако да када бирач бира, он, у ствари, гласа за изборну листу у целисти.

11 Уствари, бирачи приликом гласања уопште не знају ко ће после избора да их представља у републичком парламенту, јер је изборни систем деперсонализован.

парламент једини (главни) циљ оних који се кандидују, мале политичке странке, које саме никада не би могле да освоје ни један мандат, улазе у коалиције, које напуштају после завршених избора и добијања одређеног броја мандата, формирајући сопствене посланичке клубове. Тако се дешава да у Народној скупштини Републике Србије, често пута, буде више посланичких клубова, него изборних листа које су ушле у парламент. Коначно, као један од недостатака актуелног начина избора народних посланика у Републици Србији, који је последица деперсонализованог изборног система, јесте одвојеност посланика од бирача и непостојање њихове одговорности бирачком телу. Наиме, иако су укинуте тзв. бланко оставке¹², не постоји аутономија унутар политичких партија, тј. не постоји партијска демократија, јер народни посланици и даље, морају да буду „добри“ са партијским руководством или лидером партије (боље рећи, морају да буду послушни) да би се њихово име нашло при врху изборне листе, јер само тако постоји шанса да постану посланици и добију мандат¹³. Зато је потребно да се, у циљу остваривања демократије и стварања одговорности, изврши персонализација изборног система, тј. да народни представници не буду одвојени од својих бирача, него морају, напротив, да се приближе грађанима, подносе извештаје за свој рад и сnose одговорност. То јесте и треба да буде најважнији циљ сваког изборног система.

Наведене примедбе које су упућене решењима садржаним у важећем Уставу Републике Србије из 2006. године, представљају најзначајније разлоге за његову ревизију, с тим што треба нагласити да постоје и бројни други недостаци и замерке које су упутиле компетентне институције, установе и појединци. Ту мислимо, пре свега, на Уставни суд, као самосталан и независан државни орган. Наиме, због ограниченог простора у овом раду, нећемо анализирати све ове бројне примедбе, већ ћемо се фокусирати на судску власт. Зато ћемо само указати и на одређене примедбе које се односе на Уставни суд (без обзира што је он ван организације правосуђа)¹⁴, који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе, чије су одлуке коначне, извршне и опште-обавезујуће, и има изузетно велики значај у нашем правном систему. Наиме, врло брзо су, после усвајања важећег устава из 2006. године уочени одређени недостаци који се тичу

12 Ово укидање је довело до тога да су народни представници власници својих мандата.

13 Због такве ситуације, на посланичким клубовима нема много дискусије, неслагања, противљења и слично. Одлуке ових клубова су, најчешће, једногласне, јер у супротном посланици жртвују своју политичку каријеру.

14 Према Уставу Републике Србије из 2006. године, судски систем чине судови опште и судови посебне надлежности.

положаја, надлежности, састава и других особина везаних за овај суд. Тако, на пример, када је реч о надлежности овог суда, треба рећи да су оне прешироке¹⁵ и да је „резултат“ тога његова „затрпаност“ бројним предметима (решавање појединих предмета чека се и по неколико година). Такође, уочена је једна недоследност у навођењу овлашћења Уставног суда или, боље рећи, пропуст. Наиме, када је реч о уставној жалби¹⁶, треба рећи да је она, као средство предвиђена чланом 170, али не и чланом 167 (управо, овај члан, као што смо напред видели, садржи надлежности Уставног суда). Такође, када је реч о саставу овог суда, треба рећи да у избору уставних судија учествују све три власти (законодавна, извршна и судска – прве две више него што би требало), с тим што се само петоро судија бира, а десеторо именује. Притом, за избор судија и сам поступак, нису детаљно предвиђени критеријуми за кандидовање и њихово бирање, а управо је то неопходно ради смањивања могућности дискреционог одлучивања приликом коначног одабира уставних судија. И, на крају ових најважнијих примедби које се односе на Уставни суд (има их, свакако, још), посебно треба нагласити велику улогу политичких органа у наведеном изборном процесу. Све ове примедбе и указивање на недостатке важећих уставних решења представљају веома значајне разлоге за ревизију Устава.

Ми ћемо, у овом раду, посебну пажњу указати на радни текст амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије, са образложењима, тј. референцама Венецијанске комисије. Наиме, Република Србија је преузела обавезе да изврши уставну ревизију, а у складу са усвајањем Акционог плана за Поглавље 23, тако да је наведено Министарство израдило радни текст амандмана¹⁷ на важећи устав из 2006. године. Имајући у виду да су, као што смо напред навели, бројне примедбе стизале са различитих страна и од различитих субјеката (из земље и иностранства), надлежно министарство се, приликом израде наведеног радног текста¹⁸ руководило првенствено стандардима, које је дефинисала Венецијанска комисија. Такође, Министарство се током израде овог текста¹⁹ руководило и

15 Устав Републике Србије из 2006. године, члан 167.

16 Уставна жалба представља посебно правно средство за покретање поступка за заштиту људских и мањинских права пред Уставним судом.

17 Амандмани I–XXIV на Устав Републике Србије су његов саставни део и ступају на снагу на дан када их Народна скупштина прогласи, а за њихово спровођење се доноси уставни закон.

18 Израда овог радног текста је вршена у сарадњи са експертом Савета Европе, Џејмсом Хамилтоном.

19 Радни текст је представљао полазну основу јавне расправе о изменама Устава Републике Србије, која је спроведена у фебруару и марту 2018. године. После тога, текст амандмана је био упућен на мишљење Венецијанској комисији.

прилозима који су пристигли као резултат консултација спроведених од стране Министарства правде Владе Републике Србије и Канцеларије за сарадњу са цивилним друштвом Републике Србије²⁰.

4. Анализа Радног текста амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије

Амандманом I се замењују надлежности Народне скупштине из члана 99, став 2, тачка 3, која говори о њеним изборним правима, тако да се уместо раније одредбе „бира председника Врховног касационог суда, председнике судова, Републичког јавног тужиоца, јавне тужиоце, судије и заменике јавних тужилаца, у складу са Уставом“, сада предлаже „*бира и разрешава Врховног јавног тужиоца Србије, пет чланова Високог савета судства и пет чланова Високог савета тужилаца*“. Амандманом II се замењује члан 105 важећег устава, тако што се бришу *надлежности Народне скупштине става 2, тачке 12 и 13*, које се тичу избора председника Врховног касационог суда, председника судова, Републичког јавног тужиоца, јавних тужилаца и престанка њихових функција, као и избора судија и заменика јавних тужилаца²¹. Члану 105 додаје се став 3, који гласи: „*Већином од три петине гласова свих народних посланика Народна скупштина бира пет чланова Високог савета судства, Високог савета тужилаца и Врховног јавног тужиоца Србије, а ако тако не буду изабрани, у наредних десет дана бирају се већином од пет деветина гласова свих народних посланика, с којом се и разрешавају*“.

Амандман III се тиче судова и њиме се замењује члан 142 важећег устава Републике Србије, који је посвећен начелима судства. Упоредном анализом Радног текста амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије и одредаба Устава, може се утврдити да се наведени члан 142 мења утолико што члан *143, ставови 1–3 и члан 145, став 1 и 4*, у изворном тексту или са одређеним променама, *постају његов саставни део, док се ставови 2, 3 и 5 члана 145 бришу. Такође, став 5 члана 142 се брише*.

Амандман IV је посвећен независности, сталности и непреместивости судија, тако да овај амандман мења члан 143 Устава²², који постаје доста обимнији и садржајнији, с обзиром на то да у њега улазе и *члан 142, став*

20 Ове консултације су спроведене у периоду јул–новембар 2017. године.

21 Наиме, Венецијанска комисија је сматрала да судски савет треба да има одлучујући утицај на именоване и унапређење судија, као и на изрицање дисциплинских мера против њих.

22 Овај члан је садржавао одредбе о врстама судова у Републици Србији, што то сада није случај.

2, члан 146, члан 148, став 1 и 2 (став 3 овог члана се брише), члан 149, став 1 (став 2 овог члана се брише) и члан 150. Једна од основних новина јесте укидање пробног мандата за судије, пошто је Венецијанска комисија више пута поновила да прописивање овог мандата може да угрози независност судије, јер би он могао да осећа притисак да своје случајеве, тј. конкретне предмете решава на одређен начин²³. Зато се овим амандманом наглашава независност судија и указује да он суди само на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона и општих аката. Сталност судије се потврђује одредбом да судијска функција траје од избора, па све док он не наврши радни век, с тим што наведени амандман предвиђа и случајеве када судији престаје функција пре тога, као и случајеве када може да буде разрешен. Такође, последњим ставом овог амандмана зајемчује се непреместивост судије, одредбом да он не може против своје воље бити премештен у други суд, изузев код преуређења судског система, одлуком Високог савета судства. Посебну новину представља одредба да „за судију у законом одређеним судовима који имају искључиво првостепену надлежност може бити изабрано само лице које је окончало посебну обуку у институцији за обуку у правосуђу основаној законом“ (увођење Правосудне академије као искључивог услова за избор у звање судије). Ова одредба је изазвала доста опречних мишљења, тако да је на јавној расправи предлагано да обука завршена у Правосудној академији буде *предност*, а не *услов* за избор у судијско звање.

Амандман V говори о имунитету и неспојивости судијске функције и њиме се замењује члан 144 уставним одредбама *чланова 151 и 152* (одредбе ових чланова су само незнатно промењене). Наиме, овај амандман предвиђа да, не само судија, него и судија поротник, не могу бити позвани на одговорност за мишљење дато у судском поступку и за гласање при изрицању судске одлуке, изузев ако учине кривично дело. Такође, последњим ставом овог амандмана се ближе регулише неспојивост функције судије и председника суда са другом јавном или приватном функцијом или са политичким деловањем.

Оно што се од самог почетка примене важећег устава из 2006. године указивало као нешто што треба мењати, јесте био назив највишег суда у Републици Србији. То је, по садашњем решењу (члан 143, став 4), још увек Врховни касациони суд, али се Амандманом VI предлаже да то

23 И Универзална декларација о независности правосуђа, усвојена на Седмом конгресу Уједињених нација, 26. 8. 1985. године, садржи гаранције у вези са сталним мандатом, којима се предвиђа да „судије, без обзира на то да ли су именоване или изабране, требало би да имају загарантовани мандат до обавезне старосне границе за пензионисање, ако она постоји“.

буде Врховни суд Србије, док се другим ставом овог амандмана додаје нова одредба: „Врховни суд Србије обезбеђује јединствену примену закона од стране судова“. Амандман VII је посвећен положају и избору председника Врховног суда Србије и председника судова. Наиме, да би се избегла присутност политике, тј. да би се смањило утицај политичког органа (Народне скупштине Републике Србије), овај амандман предвиђа да председника Врховног суда Србије бира Високи савет судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног суда Србије (раније је овај избор вршила, управо, Народна скупштина, с тим што је поред наведеног мишљења било потребно прибавити и мишљење надлежног одбора Народне скупштине, што то сада није случај). Такође, предлогом овог амандмана, предвиђено је да председнике осталих судова бира Високи савет судства, што је раније било у надлежности републичког парламента. Образложење измењене надлежности за избор председника Врховног суда Србије и председника судова састоји се у тежњи да се што смањи утицај политичких органа, а повећа утицај стручних органа у избору ових високих функција. Овим амандманом се замењује члан 146 Устава, тако што се предлаже да његове одредбе садрже измењена решења члана 144, став 1 и 2 (став 3 овог члана се брише) и члана 99, став 2, који је избор председника Врховног касационог суда и председника осталих судова стављао у надлежност Народне скупштине Републике Србије (наведеним амандманом се предлаже да тај избор врши Високи савет судска).

Амандман VIII је посвећен положају и надлежностима Високог савета судства и он замењује члан 147, тако што саставни део овог члана постају одредбе члана 153, став 1, као и одредбе члана 154, које зајемчују независност и самосталност Високог савета судства и указују на промене у избору судија. Наиме, то је према важећим уставним решењима надлежност Народне скупштине, док наведени амандман предлаже да то сада буде у надлежности Високог савета судства, јер и по мишљењу Венецијанске комисије, судски савет треба да има одлучујући утицај на именовање и унапређење судија, као и наизрицање дисциплинских мера против њих. Овде се, значи, надлежност са једног политичког органа (републичког парламента) приликом избора судија, председника судова и судија поротника, као и председника Врховног суда Србије, преноси на један стручни орган (Високи савет судства). Треба нагласити да, ипак, остаје значајно овлашћење извршне власти у односу на судску власт, с обзиром на то да је трећим ставом наведеног амандмана предвиђено да „*дисциплински поступак и поступак разрешења судија и председника судова може покренути и министар надлежан за правосуђе*“.

Посебно велике полемике и контроверзна размишљања изазвао је Амандман IX (њиме се замењује члан 148 Устава Републике Србије), који се тиче састава Високог савета судства и који је предвидео да, уместо ранијих једанаест чланова (*члан 153, став 2*), овај орган сада има *десет чланова и то пет судија које бирају судије и пет истакнутих правника које бира Народна скупштина*. Као прво, замерке су упућене због тога што је Амандманом предвиђен паран број судија, што може да доведе до блокаде његовог рада и одлучивања. На то је одговорено да решење постоји у томе што глас Председника овог савета, који би требало да се бира међу члановима Савета који нису судије, вреди двоструко – тзв. златни глас. На примедбу да то није добро решење, представници политичке власти су одговорили да пет чланова које бирају судије може да напусти седницу и да, на тај начин, блокирају рад Савета, с обзиром на то да се одлуке могу доносити само на седници којој је присутно најмање седам чланова Савета. Образложење за овако измењени састав Високог савета судства Венецијанска комисија је нашла у ставу да ће састав у коме постоји једнак број чланова, који долазе из правосуђа и несудијских чланова бити равнотежа између аутономије и независности правосуђа, с једне стране и одговорности правосуђа, с друге стране. Такође, ова комисија је сматрала да би се на тај начин обезбедила и већа укљученост друштва и избегле политизација, аутократско понашање Владе, као и велика надмоћ судске компоненте. Надамо се да овакво решење неће бити предложено Народној скупштини на усвајање и у овом тренутку писања рада, имамо најаве да ће овај амандман претрпети значајне измене.

Амандман X посвећен мандату Високог савета судства замењује члан 149 Устава у том смислу што предвиђа да мандат чланова траје пет година (чланови по положају више не постоје, као што је то било предвиђено *чланом 153, став 6*). Такође, додају се и два нова става: *„Исто лице не може бити поново бирано у Високи савет судства. Мандат члана Високог савета судства престаје из разлога који се одређују законом и у законом предвиђеном поступку“*. Када је реч о Амандману XI, који говори о председнику Високог савета судства, треба рећи да се овим амандманом замењује члан 150 Устава Републике Србије тако да овај члан добија потпуно нови текст. Тако, наведеним амандманом се предлаже да *Високи савет судства има председника, који се бира међу члановима Савета који нису судије и то на мандатни период од пет година*. Све ово представља новину у односу на раније уставне одредбе које су биле посвећене Високом савету судства и према којима је наведена функција била аутоматски додељивана председнику Врховног касационог суда. Преовладава мишљење, а то је и став и Венецијанске комисије, да је пожељније да се председник овог

савета бира међу члановима који нису судије, али од самог Савета, и то у циљу да се осигура неопходна веза између правосуђа и друштва, да се смањи утицај политике на избор и да се избегне ризик од тзв. аутократског управљања. Такође, сматра се, по угледу на неке друге државе, да се на такав начин постиже равнотежа између неопходне независности председника и потребе да се избегну могуће тенденције за сједињавањем власти унутар Високог савета судства.

Оно што је посебно изазвало интересовање јавности јесу предлози Амандмана XII, који се односи на рад и одлучивање Високог савета судства. Наиме, према предлогу овог амандмана, којим се *заменењује члан 151 Устава Републике Србије*, наведени судски орган „*доноси одлуке гласовима најмање шест чланова Савета или гласовима најмање пет чланова савета међу којима је и глас председника Високог савета судства, на седници на којој је присутно најмање седам чланова савета*“. Примедбе које су напред изречене у вези са Амандманом IX, у вези толико оспораваног „златног гласа“ председника Високог савета судства, који се бира међу члановима Савета који нису судије, односе се и на Амандман XII, тако да се надамо (а постоје и најаве од одговарајућих надлежних субјеката) да ће овај амандман претрпети значајне измене, како у вези са бројем чланова Савета, тако и у вези са начином одлучивања.

Имајући у виду значај, тежину и одговорност функције коју врше носиоци правосудне делатности, веома је важно да сви они уживају имунитет у свом раду. Само једном одредбом важећег устава (члан 153, став 7) предвиђено је да члан Високог савета судства ужива имунитет као судија, док је много детаљније учињено Амандманом XIII, који је у потпуности посвећен наведеном имунитету и којим се *заменењује члан 152 Устава Републике Србије*.

С обзиром на то да јавно тужилаштво има изузетно велики значај у гоњењу учинилаца кривичних и других кажњивих дела, његовом положају је посвећен Амандман XIV, којим се *заменењује члан 153 Устава Републике Србије*, а саставни делови овог амандмана постају делимично измењене и преформулисане одредбе *члана 156, став 1 и 2, непромењена одредба члана 157, став 1 и промењене одредбе члана 157, став 2 и 3*, које се тичу назива највишег јавног тужилаштва у Републици Србији и тужиоца који врши његову надлежност (раније је то било *Републичко јавно тужилаштво*, а сада *Врховно јавно тужилаштво Србије*, док се ранији назив за *Републичког јавног тужиоца* сада мења у *Врховни јавни тужилац Србије*). С тим у вези, посебно је значајно указати на разлику у значењу појма независности и самосталности у судству и тужилаштву. Наиме, позната је чињеница

да тужилаштво није суд (чак и када је део правосудног система), па је зато, у сваком демографском друштву потребно обезбедити независност судства и његову одвојеност од извршне власти²⁴. Ова судска независност је неопходна, како у институционалном (читава судство, као целина, треба да буде независно), тако и у персоналном облику (сваки судија, у процесу доношења одлука, мора да буде независан од било каквих утицаја са стране). Међутим, када је у питању независност (самосталност) јавног тужилаштва (јавних тужилаца), можемо рећи да не постоји таква категоричност као код судства, јер хијерархијска контрола одлука и активности свих тужилаца може да постоји, чак и у систему у коме је тужилаштво независно²⁵.

Што се тиче одговорности носилаца тужилачке функције, треба рећи да је она регулисана Амандманом XV, којим се *заменује члан 154 Устава Републике Србије*, а саставни део текста овог амандмана представљају одредбе *члана 160, став 1, 2 и 3* важећег устава. Овај последњи став није претрпео никакве промене, док су промене претрпели ставови 1 и 2 наведеног члана, у том смислу што се, уместо назива *Републички јавни тужилац*, употребљава нови назив – *Врховни јавни тужилац Србије*. Такође, тужилаштву је посвећен и Амандман XVI, којим је *заменен члан 155 Устава Републике Србије*, а саставни део овог амандмана, који говори о јавним тужиоцима и заменицима јавних тужилаца, јесу одредбе *члана 159, став 1 и 4*.

Оно што је ново и што се предлаже Амандманом XVII, којим се *заменује члан 156 Устава*, јесте избор Врховног јавног тужиоца Србије и јавних тужилаца: према важећем уставу, Републичког јавног тужиоца „на предлог Владе, по прибављеном мишљењу надлежног одбора Народне скупштине, бира Народна скупштина“ на период од шест година и он може бити поново биран (члан 158, став 2 и 3), док наведени амандман предлаже да: „*Врховног јавног тужиоца Србије бира Народна скупштина, на пет година, на предлог Високог савета тужилаца, после окончаног јавног конкурса, гласовима три петине свих народних посланика, а ако тако не буде изабран, он се у наредних десет дана, бира гласовима пет деветина свих народних посланика, иначе се изборни поступак понавља после 15 дана*“ и он не може бити поново биран на исту функцију. Такође, према садашњем решењу: „*јавног тужиоца бира Народна скупштина, на предлог Владе*“ и његов мандат траје шест година, док је предлог Амандмана XVII другачији: „*јавне тужиоце бира Високи савет тужилаца, на пет година*“. Коначно, новина се састоји и у томе што се право

24 То је темељ владавине права и оба ова појма представљају начела од којих не сме бити изузетака.

25 Ова контрола не постоји само у односу на врховног тужиоца, па се, отуда, сви остали тужиоци више могу сматрати самосталним, него независним.

на улагање жалбе Уставном суду (која искључује право на подношење уставне жалбе), новим предлогом даје, *не само јавном тужиоцу, него и Врховном јавном тужиоцу Србије* (чланом 161, став 4 Устава из 2006. године ово право је било признато и заменику јавног тужиоца, док се сада оно не помиње). Образложење за наведене измене се састоји у томе што давање права Скупштини да бира Врховног тужиоца представља очигледан ризик од политизације процеса именовања, а ограничење његовог поновног избора на функцију је, такође, важно како би се спречио потенцијални ризик да се носилац ове функције, тежећи поновном извору, понаша тако да придобије наклоност политичког тела (Народне скупштине Републике Србије), које одлучује о његовом поновном избору. Због тога је неопходно да његов мандат буде дужи од мандата Народне скупштине (најмање пет година)²⁶, како би се обезбедила његова стабилност и независност, без обзира на могуће политичке промене.

Као што смо напред навели, на самом почетку анализе јавних тужилаштава (положај, одговорност, избор и слично), функција ових органа је од изузетног значаја, тако да и Амандман XVIII предлаже одређене измене које се тичу сталности функције заменика јавног тужиоца, његовом премештају и привременом упућивању. Тако је, према решењу важећег устава (члан 159, став 6), мандат за ову функцију три године, ако се заменик јавног тужиоца бира први пут, док се наведеним амандманом предлаже да: *„функција заменика јавног тужиоца траје од избора за заменика јавног тужиоца док заменик јавног тужиоца не наврши радни век“*. Оно што представља потпуну новину, а што је изазвало доста контроверзних размишљања, као и код избора за носиоце судијске функције, јесте предлог Амандмана да: *„за заменика јавног тужиоца у најнижим јавним тужилаштвима може бити изабрано само лице које је окончало посебну обуку у институцији за обуку у правосудју основаној законом“*²⁷. Коначно, треба навести и предлог Амандмана да: *„заменик јавног тужиоца може бити премештен или против своје воље привремено упућен у друго јавно тужилаштво одлуком Врховног јавног тужиоца Србије, у складу са законом“*, док према садашњем уставном решењу *„Државно веће тужилаца одлучује и о избору заменика јавних тужилаца који су на сталној функцији у друго или више јавно тужилаштво“*. Значи, овај амандман предлаже трајност тужилачке функције, јер садржи став да се именовањем на ограничени временски период са могућношћу поновног избора ризикује независност и самосталност тужиоца (приликом

26 Постоје мишљења да би Врховног јавног тужиоца требало бирати на трајну функцију, тј. на релативно дужи временски период, наравно, без могућности поновног избора на ту функцију после завршеног мандата.

27 Предлог да се пре избора за ову функцију оконча обука у Правосудној академији.

доношења одлука се може десити да тужилац не води рачуна о закону, него о жељи да задовољи оне који треба поново да га именују). То је у складу са Извештајем о европским стандардима о независности правосуђа, тј. његовим другим делом који је посвећен јавном тужилаштву. Такође, и захтев за окончавање посебне обуке у институцији за обуку у правосуђу основаној законом (Правосудној академији), за заменике јавних тужилаца у најнижим јавним тужилаштвима представља дужност и право свих јавних тужилаца, како пре њиховог именовања, тако и касније, после избора на функцију (тзв. континуирана едукација). Свака држава треба да предузме неопходне мере како би осигурала адекватно образовање и обуку јавних тужилаца.

Амандманом XIX се *заменењује члан 158* Устава Републике Србије и он је посвећен имунитету и неспојивости јавно-тужилачке функције. О имунитету јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца у важећем уставу говори члан 162, став 1, док став 1 наведеног амандмана такође гарантује носиоцима ових функција имунитет, али са малим изменама. Став 2 истог амандмана указује на неспојивост наведених функција са другом јавном или приватном функцијом и овај став *заменењује одредбе члана 163, став 1 и 2* важећег устава.

На овом месту морамо констатовати да је предстојећом уставном реформом изузетно велика пажња посвећена јавно-тужилачкој функцији, јер се на јавно тужилаштво односи једанаест амандмана (од XIV до XXIV). Тако је, следећи по реду, Амандман XX посвећен одређивању појма овог органа и дефинисању његових надлежности. Пре свега, став 1 овог амандмана мења назив Државног већа тужилаца у Високи савет тужилаца, указујући да је то самосталан државни орган који „јемчи самосталност јавних тужилаштава тако што одлучује о питањима положаја јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца одређеним Уставом и законом“. Оно што је посебно битно нагласити јесте промена која се тиче избора јавних тужилаца, с обзиром на то да према важећем уставном решењу; „Државно веће тужилаца предлаже Народној скупштини кандидате за први избор за заменика јавног тужиоца“, док наведени амандман у ставу 2 каже да „Високи савет тужилаца бира и разрешава јавне тужиоце“²⁸. Образложење за измењене надлежности приликом избора на јавно-тужилачку функцију се састоји у томе што је за вршење ове функције неопходно поседовање специфичних особина. Овим амандманом се *заменењује члан 159* Устава Републике Србије.

28 Према важећем уставу Републике Србије (члан 161, став 2) „одлуку о престанку функције јавног тужиоца, у складу са законом, доноси Народна скупштина“.

О променама у саставу Високог савета тужилаца говори Амандман XXI, према коме овај орган треба да има исти број чланова као и раније, али је састав другачији и разликује се у односу на садашње решење предвиђено чланом 164, став 3 ради смањивања утицаја политике и законодавне власти (Народне скупштине Републике Србије). Наиме, као чланови овог органа по положају и даље остају министар надлежан за правосуђе и Врховни јавни тужилац Србије (према садашњем решењу члана 164, став 3 то су надлежни министар и Републички јавни тужилац), али не и председник надлежног одбора Народне скупштине. Такође, разлика се састоји у томе што, према члану 164, став 3 осам изборних чланова Државног већа тужилаца чини „шест јавних тужилаца или заменика јавних тужилаца са сталном функцијом, од којих је један са територије аутономних покрајина, и два угледна и истакнута правника са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета“. Наведени амандман предлаже да у састав Високог савета тужилаца уђу „четири заменика јавних тужилаца које бирају јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца, пет истакнутих правника које бира Народна скупштина, Врховни јавни тужилац Србије и министар надлежан за правосуђе“. Јавни тужиоци, према овом амандману, не могу бити бирани у Високи савет тужилаца (према важећем уставном решењу – члан 164, став 4, то је могуће). Сматрамо да је овде требало поједноставити наведени избор, који је посебно отежан предложеним променама садржаним у ставу 2 овог амандмана, по коме „Народна скупштина бира пет чланова Високог савета тужилаца на предлог надлежног одбора Народне скупштине после окончаног јавног конкурса гласовима три петине свих народних посланика, а ако тако не буду сви изабрани, преостали се у наредних десет дана бирају гласовима пет деветина свих народних посланика, иначе се изборни поступак после 15 дана понавља за онај број чланова који нису изабрани“. Ту мислимо, пре свега, на обезбеђивање предвиђене квалификоване већине, тј. потребног броја гласова од три петине, односно пет деветина свих народних посланика. Овим амандманом се замењује члан 160 Устава Републике Србије.

Као што смо напред навели, и преостали амандмани су посвећени Високом савету тужилаца, тако да Амандман XXII, којим се замењује члан 161 Устава Републике Србије, много обимније и детаљније говори о мандату његових чланова (он остаје, као и раније, пет година), предлажући да исто лице не може бити поново бирано у Високи савет тужилаца, да је Врховни јавни тужилац Србије по службеној дужности председник овог органа и да мандат изабраног члана престаје из разлога који се одређује законом. Наиме, и Венецијанска комисија је мишљења да би Врховни јавни тужилац требало *ex officio* да председава наведеним саветом²⁹.

29 Изузетак од овог предлога је председавање у дисциплинским поступцима, где Врховни јавни тужилац не би требало да председава тужилачким саветом.

И последња два амандмана Радног текста Министарства правде на Устав Републике Србије (XXIII и XXIV) посвећени су Високом савету тужилаца, при чему први регулише рад и одлучивање Високог савета тужилаца, а други говори о имунитету његових чланова. Важећим уставним решењима, положај, састав и избор Државног већа тужилаца је регулисан члановима 164 и 165, али је знатан број одредаба ових чланова предложен за промену амандманима XXI и XXI, док је преостали део одредаба остао непромењен и постао саставни део тих амандмана. Амандман XXIII је посвећен раду и одлучивању Високог савета тужилаца и представља потпуно нов текст, с обзиром на то да његове одредбе не постоје у Уставу Републике Србије из 2006. године. Наиме, овај амандман предлаже да нови Устав регулише одлучивање Високог савета тужилаца, тако што ће он одлуке доносити *„гласовима најмање шест чланова савета на седници на којој је присутно најмање осам чланова савета“*. Такође, предлаже се да овај орган *„своје одлуке образложи и јавно објави, а да одлуке о избору јавних тужилаца, заменика јавних тужилаца и о престанку њихових функција, о предлагању избора и разрешења Врховног јавног тужиоца Србије и о именовану и разрешењу чланова дисциплинских органа доноси на основу мерила која су утврђена у складу са законом и у законом уређеном поступку“*. Имајући у виду да је тужилаштво организовано хијерархијски, треба рећи да је и дисциплински систем у тесној вези са оваквом организацијом, тако да дисциплинске мере ради изрицања одређених санкција покреће лице које је надређено дотичном тужиоцу. Међутим, неопходно је, притом, поштовати унапред утврђена мерила и дозволити да тужилац против кога је покренут дисциплински поступак има право да буде саслушан у поступку у коме је равноправан, као и да му се омогући жалба као правни лек против изречених дисциплинских санкција. Наведеним амандманом се *заменењује члан 162 Устава Републике Србије*.

Као што смо напред навели, Амандман XXIV је посвећен имунитету чланова Високог савета тужилаца, тако да много детаљније регулише њихов положај. Важећим уставом је предвиђено само да *„члан Државног већа тужилаца ужива имунитет као јавни тужилац“* (члан 164, став 6), док је наведеним амандманом предложено да *„чланови Високог савета тужилаца не могу бити позвани на одговорност за дато мишљење и гласање при доношењу одлука у савету, изузев ако учине кривично дело“*. Такође, наведени амандман у ставу 2 предвиђа да они *„не могу бити лишени слободе у поступку покренутом због кривичног дела које су учинили као чланови Високог савета тужилаца без одобрења савета“*.

5. Закључак

Као што смо напред навели, Устав Републике Србије је највиши општи правни акт и он спада у категорију чврстих (ригидних) устава, за чију промену је потребно обезбедити квалификовану већину свих посланика у парламенту. Једно од основних својстава сваког устава јесте да је то програмско-декларативни акт, тј. да се он доноси за будућност и да треба да траје што дуже (бар неколико деценија), са што бољим решењима. Да би се то постигло, неопходно је омогућити јавну расправу на свим нивоима, која ће трајати онолико колико је то потребно, без журбе³⁰, да би се чуло мишљење стручне и лаичке јавности, а све у циљу проналажења најоптималнијих решења. Зато је током јавне расправе, од стране представника судске власти, констатовано да приликом израде амандмана нису узете у обзир обавезе које је преузела Република Србија из Акционог плана за Поглавље 23, у делу који се односи на правосуђе и његову независност, нити су коришћени стандарди у овој области из многобројних међународних докумената, усвојених од стране релевантних тела³¹.

Тако су озбиљни приговори упућени на амандмане који се тичу састава Високог савета судства, избора његовог председника и одлучивања овог органа, упоређујући све то са одговарајућим органима истог нивоа у Републици Словенији, Републици Хрватској, као и неким другим земљама које су много раније постале чланице Европске уније. Захваљујући таквим јавним расправама и упућеним приговорима, надамо се да ће амандмани IX–XIII претрпети значајне измене, пре свега, у вези са саставом, доношењем одлука и тзв. златним гласом.

30 Нажалост, код нас су се тако важни основни закони доносили, врло често, на брзину, без припреме и одговарајуће јавне расправе.

31 Како европски стандарди, тако и препоруке Венецијанске комисије, захтевају обезбеђивање независности правосуђа од политичког утицаја, максимално ограничавање утицаја законодавне и извршне власти у поступку предлагања, избора, премештаја и престанка функције судија, председника судова и јавних тужилаца, стварање правосудног система заснованог на објективним критеријумима, правичним процедурама одабира отворених за све кандидате одговарајућих квалификације, јачање улоге Високог савета судства и Високог савета тужилаца и слично.

Dragan Bataveljić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**THE CURRENT CONSTITUTIONAL REFORM IN SERBIA,
WITH REFERENCE TO THE LEGISLATIVE POWER**

Summary

At the beginning of this paper, the author underlines that our country is in the process of intensive negotiations over the membership in and the accession to a large European family. Therefore, it is necessary to embark on a constitutional reform and analyze the experiences of current EU member states, particularly of Croatia and Slovenia which recently became the constituent part of the EU. In order to adjust their legislation with EU law, these states had to change their supreme law at least once. In this paper, the author is looking for an answer to the question how we should proceed with the reform of our current constitution. Should this reform be partial or comprehensive? The author also indicates a number of deficiencies in the current Constitution of the Republic of Serbia and discusses the necessity for eliminating these shortcomings. In particular, the author analyzes the Working Draft of Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia (Amendments 1 through 24), proposed by the Ministry of Justice of the Republic of Serbia. The author outlines the recommendations of the Venice Commission, as well as to the remarks which appeared during the public debate. In particular, the author underlines the commitment to comply with the European standards and adopted international documents, as well as the need to perform a detailed analysis of the deficiencies detected during the public debate and the serious remarks on the draft text of the constitutional amendments. Finally, in order to provide for continuous education and upgrading of knowledge in the judiciary, the author provides a comparative analysis of the solutions that exist in the countries of former Yugoslavia as well as in other neighboring states.

Keywords: Constitution of RS, constitutional reform, European Union, amendments, integrative clause, power of the judiciary, independence of the judiciary, High Judicial Council, Public Prosecution Office, High Prosecutorial Council.

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Стефан Стојановић,*
Докторанд Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881487S

UDK: 2-745(497.11)"13"
Раd примљен: 01.09.2018.
Раd прихваћен: 05.12.2018.

ЦРКВЕНИ СУД У ДУШАНОВОМ ЗАКониКУ**

Апстракт: Црквени суд представља посебан суд у систему више различитих врста судова који је постојао у правном поретку српске средњовековне државе. Утврђујући правни положај Српске православне цркве, Душанов законик као најзначајнији правни акт и устав средњовековне Србије предвиђа управни и економски имунитет цркве, али и установу црквеног суда. Ова права гарантована Законом црква је уживала не само због своје верске, духовне и социјално-хумане функције, већ пре свега због политичке улоге коју је имала у средњовековној Србији. Циљ рада је да укаже на норме Душановог законика које се тичу црквеног суда и изврши њихову правноисторијску анализу, те да утврди у којим случајевима је црква имала судску надлежност, као и у чему се састоји заштита искључивог права цркве да суди у споровима из своје надлежности.

Кључне речи: црквени суд, средњи век, Душанов законик, српско средњовековно право, византијско право.

1. Увод

Државна власт у средњовековној Србији (као и у другим државама тог времена) није имала монопол у вршењу јавноправних функција, укључујући и судску. С једне стране је признавала друге самоникле ауторитативне власти поред себе (црква), а с друге стране је допуштала посредујуће власти између себе и народа (господари земље – властела и црква, аутономни градови, самоуправна организација странаца на државној територији). Све

* stojanovicst91@gmail.com

** Раd представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

ове споредне „власти“, које су имале властито судство, према држави су биле самоникле, тако да је држава на њих наишла као на готове. Државно се судско уређење стварало и развијало с обзиром на друге судске власти, које су већ постојале, те је узимало у своје руке оно што нису у погледу правосуђа подмиривали засебни судови (Тарановски, 2002: 520). Због тога су у српском средњовековном судском режиму постојали црквени судови, патримонијални судови, сталешки судови, станак, државни и владарев суд. Патримонијални суд је суд повлашћеног господара земље над насељеницима његовог имања. Сталешки суд у Немањинској држави имали су они градови чије је становништво сачињавало засебни грађански сталеж, дакле градови у Приморју и грчки градови. Станак је био стара обичајноправна установа за суђење у парницама између Срба и Дубровчана, тј. посебна врста мешовитог суда која почива на принципу персоналног важења права. Тако је краљ Стефан Милутин дао повластице Дубровчанима 1302. године (чл. 14): „И ако се обрете кои длг между Срблином с Дубровчанином, да им је суд пред судиом Србским и пред једнем Дубровчанином; и што судита, този да је свршено“ (Стојичић, 2002: 37). Из надлежности овог суда изузета су кривична дела издаје (невере), убиства, крађе роба и коња и пренета у надлежност владаревог суда (Ђорђевић, 2008: 45). Исто прописује и цар Душан позивајући се на законе краља Милутина, у члану 153: „Иноверцем и трговцем поротци половина Србља, а половина њих дружине, по закону Светаго краља“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 166).¹ У надлежност државног суда спадају тзв. резервати државног суда, односно она кривична дела и грађански спорови који су изузети из надлежности напред наведених судова и додељени државном. Ту спадају: невера (издаја); провод (прејем људски – помагање туђег човека да бежи од свог господара); вражда (убиство); крв (телесне повреде); свод коњски; тат и гусар (кривична дела крађе и разбојништва). Владарев суд са увођењем државног судства полако губи на значају.

Црквени суд није био творевина државе, већ институција коју је српска држава рецепцијом византијског права преузела у свој правни систем. Црквени суд је спонтано продирао у српску земљу заједно са црквом и њеном организацијом, те га није требало посебно законски потврђивати. То је учињено тек Душановим закоником, којим је само потврђено оно што је у правном животу средњовековне Србије постојало још од Св. Саве.

1 Душанов законик, текст у: Николић Д., Ђорђевић А.: *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш 2013, стр. 151–184; текст Законика дат је на основу издања Душановог законика која су приредили С. Новаковић (1898), Н. Радојчић (1960), С. Стојичић (1970) и Б. Марковић (1986).

2. Црквени суд у Душановом законнику

Од свих чланова о црквеном суду, вероватно је најзначајнији члан 12 Душановог законика, који установљава потпуни судски имунитет цркве за духовне предмете, односно искључиву надлежност црквеног суда за тзв. *Духовне дугове*: „И духовном дугу козмици да не суде; кто ли се најде от козмик судив духовном дугу, да плати 300 перпер; такмо црков да суди“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 152). С. Новаковић у погледу овог члана каже: „Члан 12-ти живо забрањује световнима да се мешају наређивањем или суђењем у црквене послове. То је знаменити члан, у коме је идеја свих 38 чланова (Законика о цркви) и може бити целокупног Законика... Не мисли се овде под црквеним пословима („духовни дуг“) само црквене унутрашње ствари као данас, него свеколико црквено судство XIV века, које је обухватало и понајвећи део права грађанскога“ (Наведено према: Тарановски, 2002: 524). Дакле, уколико неко од носилаца световне власти узурпира право цркве да суди за „духовни дуг“, биће кажњен новчаном казном од 300 перпера. Духовни суд је потпуно независан: световне власти („козмици“ грч. *kosmikoí*) немају право да суде у духовним парницама, док обратно црквене власти често имају право да суде и световне предмете (Соловјев 2001: 11). У погледу судства црква је имала највеће повластице. Црква је надлежна да суди: 1) поводом тзв. духовних дела над вернима, то су све брачне парнице, па и кривична дела против цркве – јерес и др. (чл. 4 и 5 ДЗ); затим над члановима клира поводом свих дела како кривичних тако и грађанских (чл. 30 ДЗ); и на крају свим насељеницима црквених имања, зависним сељацима и робљу (чл. 33 ДЗ) (Соловјев, 1998: 221).

У Душановом законнику у члану 4 цркви је најпре дато право да суди свим верницима (световним лицима) за духовне дугове², односно за све обавезе верника према цркви: „И за духовни дуг васак човек да имат повиновеније и послушаније ка својему архијереју. Ако ли се кто обрете сагрешив цркви, или преступив што љубо од сијега законика вољом или нехотенијем, да се повине и исправи се Цркви; ако ли пречује и удржи се от цркве (и) не васхоште исправити повеленија цркви, по том да се отлучи от цркви“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 152). Прва одредба у овом члану предвиђа да се сваки човек (верник) у погледу својих духовних дужности покорав свом архијереју и да га слуша. Овде можемо разликовати два случаја: 1) ако је неки световњак

2 Црквени устав кнеза Владимира I садржао је правила о црквеним судовима, којима је у надлежност стављао суђење свих спорова из породичног и наследног права. Свим људима црква суди и за дела враџбине, бајања, прављења отрова, ненапуштања паганских обреда и сујеверја, повреду гробова, Црквени устав Јарослава Мудрог црквену јурисдикцију свео је само на дела која се непосредно тичу цркве, морала и породичних односа (Николић, 2000: 83–85).

згрешио против цркве, тј. против оних прописа црквеног права који се налазе у „Законику светих отаца“, у Синтагми или Номоканону и 2) ако је „преступио нешто од овог Законика Душанова (Соловјев, 1980: 173). Законик предвиђа и да се верник о своју духовну дужност може огрешити *вољом или нехотенијем*, односно да он то може учинити намерно, умишљајно (*dolus*) или без намере, непажњом (*culpa*). Дакле, код ових „духовних сагрешења“ довољан је било који облик кривице. Такав грешник има да се покаје и исправи, тј. да издржи црквене казне у облику епитимија (дугогодишњи пост, забрана присуствовања литургији, забрана причешћа). Да је епитимија од стране црквеног суда могла бити изречена и осуђеном за неко кривично дело од стране световног суда, истиче Т. Тарановски: „Није црква остајала индиферентна ни према општим кривичним делима, него је на њих реаговала својим нарочитим епитимијама, којима је подвргавала кривце, већ осуђене од световног суда, и поред пресуђених световних казни. Тако је црква узела у своју надлежност допунско суђење општим кривичним делима са религијско-моралне стране и допунско кажњавање помоћу епитимија, које су се пресуђивале уз пресуђене од световног суда казне“ (Тарановски 2002: 523–524). Уколико се оглуши и не издржи изречену епитимију, онда је следила најтежа црквена казна – одлучење од цркве (анатема, екскомуникација).

Наредни, члан 5 Законика, на неки начин представља допуну претходног члана: „*И светитељије да не проклинају християн за сагрешеније духовно, (но) да пошаљу двашти или тришти ка оному-зи, да га обличи; да ако не чује и не усхоће исправити (се) заповедију духовноју; по том да отлучит се*“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 152). Овим чланом дат је налог светитељима да олако не анатемису вернике за „сагрешеније духовно“, већ они прво морају два или три пута да их опомену (*да пошаљу двашти или тришти ка оному-зи, да га обличи*). Законска регулатива о двоструком или троструком опомињању помало је неуобичајена. Тешко је протумачити зашто се законодавац определио за овакву формулацију. Могуће је да се оставља слобода процене свештенику да, у зависности од околности конкретног случаја, сам одлучи да ли одређеног верника за његов грех треба опоменути два или три пута. Конкретно, када би верник духовно згрешио (*сагрешеније духовно*), први пут би био опоменут, те ако би и даље истрајавао у свом греху онда би се имао опоменути још једном. Уколико и друга опомена не би довела до духовног поправљања, свештеник је могао да бира, сходно својој процени, да ли верника треба опоменути још једном или му одмах изрећи анатему (*отлучит се*). Понављање греха после треће опомене обавезно је за последицу имало одлучење од цркве. Даље, ову одредбу треба протумачити тако да се пре изрицања анатеме верник мора барем два пута опоменути,

али не више од три. Ако се оглуши о опомене и не поправи се духовном заповешћу, онда је кажњаван анатемом – одлучењем од цркве. Опомињање од стране свештеника у служби је давање прилике да се верник покаје³, али и спречавање да се анатема као најтежа црквена казна изриче без претходног покушаја поправљања духовног живота верника. Једино ако се верник оглушава о опомене свог свештеника и истрајава у свом греху има места примени анатеме. Наведена одредба Законика је свакако била у сагласности и са црквеним правилима о анатемисању садржаним у Синтагми Матије Властара⁴. У глави А-7 (*О анатемисању*) која упућује на излагање о сабору у Гангри, стоји да „*Златоусту у беседи о томе да не треба бацати анатему сматра да није прикладно анатемисати верника, јер се он, рече, тако коначно одваја од Христа и излаже ђаволу. А за таквога нема места спасењу, јер се анатемом удаљава од Христа и скупа верних, те се препушта сатани. И пошто се одлучују од општељудских вредности које припадају Богу, управљени су ка супротном, те се тако одвајају од светих ствари...*“ (Суботин Голубовић, 2013: 10–11). Такође је и у сагласности са Новелом цара Јустинијана садржаном у глави А-18 (*О одлучењу*) Пуне Синтагме, која прописује: „*свим епископима и презвитерима забрањујемо да неком ускрате своју причест пре него што му се докаже кривица због које се црквена правила примењују...*“ (Суботин Голубовић, 2013: 82). Анатема је представљала (и још увек представља) најоштрију казну која се могла изрећи у црквеном праву – потпуно и коначно одлучење из црквене заједнице. Она је повлачила за собом не само губитак права која припадају православним хришћанима по основу припадности цркви, већ потпуно отуђење и у свакодневним стварима, јер је верницима под претњом строгах казни забрањено да на било који начин опште са анатемисаном особом (Kršljanin, 2013: 312–313).

Црквени суд је имао надлежност и над целокупним црквеним клиром (тзв. сталешки суд). Основна повластица црквеног клира (свештеничког сталеза) била је та што је свештенство уопште било подложно само црквеном суду и то због свих дела како кривичних, тако и грађанских (Тарановски, 2002: 101), те ово несумњиво начело директно не помиње ни сам Душанов законик, имајући у виду да је оно општепознато. Само у једном члану (30 ДЗ) о њему посредно сазнајемо: „*Отселе да не урве ниједна власт калуђера или црквна човека. И кто потвори сије при животе и по смрти царства ми, да нест благословен. Ако ли јест кто кому крив, да га*

3 „Кажем вам да ће тако бити већа радост на небу због једног грешника који се каје, неголи за деведесет и девет праведника који немају потребу за покојањем.“ *Свето Јеванђеље по Луки 15:7, Свето писмо, Нови завјет Господа нашега Исуса Христа*, стр. 87.

4 Синтагма Матије Властара, номоканонска збирка солунског монаха из 1335. године, била је позната у Србији у две верзије превода: пуној – 303 члана, и скраћеној – 94 члана (Шаркић, Поповић, 2012: 99).

иште судом и правдом по закону; ако ли га урве без суда или кому забави, да плати самоседмо“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 154). А. Соловјев вели да је циљ овог члана да се нарочито истакне судски имунитет црквених људи – калуђера и потчињених сељака. Ако неко има против њих тужбу, треба да се обрати редовном суду, тј. црквеном суду, не сме сам да га задржи (ухвати) или узнемири ради својих потраживања (Соловјев, 1980: 195). Казна за ово дело је „самоседмо“ – особена кривична санкција, позната једино српском средњовековном кривичном праву. У питању је новчана казна, која је ишла на седмоструки (према другом тумачењу: шестоструки) износ причињене штете.

Због свог феудалног судског имунитета, црква се појављује као патримонијални суд насељеницима својих имања, тзв. „црквеним људима“ – пронијари, мајстори, сокалници, меропси, отроци и Власи. То предвиђа и Душанов законик у члану 33: „Црковни људије о свакој правде да се суде пред својими митрополити и пред епископи и игумни. Која ста оба човека једне цркве, да се судита пред својом црквом; ако ли от двеју цркву будета два човека која приита, да им суде обе цркви“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 154). Овај члан Законика јасно предвиђа да се црквени људи у свакој парници суде пред црквеним судом, односно пред својим митрополитима, епископима и игуманима. Ако оба човека припадају истом црквеном имању, онда је надлежан суд њихове цркве. Међутим, ако су парничари из две различите цркве, онда *да им суде обе цркве*. А. Соловјев сматра да је у том случају био надлежан мешовити црквени суд, састављен од оба игумана, односно епископа (Соловјев, 1980: 199).

Од сталешког црквеног суда изузимале су се парнице због земље, у којима су цркве и манастири, дакле њихови заступници, игумани и епископи, одговарали пред световним државним судом (Тарановски, 2002: 522). Душанов законик предвиђа да по тужби властелина због земље црква одговара пред редовним нижим државним судом, али прописује да не сме тај суд да донесе дефинитивну пресуду, него је дужан да целу ствар реферише цару, који има да дефинитивно пресуди (чл. 78 ДЗ): „О земљи и о људех црковних. Што имају с њим суд црковни, ако кто изнесе милостну књигу, а или рече, милостника имам, у то-зи књиже и у том-зи милостнику ништа да нест, разве да се суде по закону царства ми, но вину (увек) да упросе царство ми“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 158).

3. Закључак

Душанов законик на свеобухватан начин утврђује правни положај Српске православне цркве. Поред управних и економских имунитета, црква је

имала и судски имунитет. Он је подразумевао постојање црквеног суда, поред различитих врста посебних судова – патримонијални судови, сталешки судови, станак, државни и владарев суд, који је потпуно независан од световних власти.

Законик предвиђа у којим случајевима је црква овлашћена да врши свој суд, тј. одређује њену надлежност. Црквени суд је надлежан:

- поводом тзв. духовних дела над вернима, то су све брачне парнице, па и кривична дела против цркве – јерес и др. (чл. 4 и 5 ДЗ),
- над члановима клира (свештенства) поводом свих дела како кривичних тако и грађанских као сталешки суд (чл. 30 ДЗ) и
- свим насељеницима црквених имања, зависним сељацима и робљу, тзв. црквеним људима као патримонијални суд (чл. 33 ДЗ).

Црква је имала искључиву надлежност за суђење у наведеним случајевима, те је било забрањено било какво мешање и било каква узурпација надлежности црквеног суда од стране световних власти, што недвосмислено гарантује члан 12 Душановог законика: „И духовном дугу козмици да не суде; кто ли се најде от козмик судив духовном дугу, да плати 300 перпер; такмо црков да суди“ (Николић, Ђорђевић, 2013: 152). За тзв. духовне дугове (спорови из надлежности црквеног суда) био је искључиво надлежан црквени суд и забрањено је световним властима да пресуђују у овим споровима, под претњом високе глобе од 300 перпера.

Црквени суд је имао право изрицања црквених казни, тзв. епитимија. У епитимије спадају дугогодишњи пост, забрана присуствовања литургији, забрана причешћа, одлучење из цркве. Епитимије и нису казне у строгом смислу речи „него покорје, духовни лијекови, док се гријешник сасвијем не обрати и опере од гријеха“ (Милаш, 1902: 596). Најстрожа црквена казна била је анатема (одлучење из цркве). Да би спречио њено често и олако изрицање, Душанов законик у члану 5 предвиђа под којим се условима она може изрећи.

Црквени суд је установа позната српском средњовековном праву и пре доношења Душановог законика, будући да је реципирана из византијског права, али је Душановим законом она коначно потврђена.

Литература/References

- Библија или Свето писмо Старога и Новог завета*, (2007) Београд.
- Ђорђевић, А. (2008) *Постанак и развој судства код Словена*, Ниш.
- Kršljanin, N. (2013) *“О проклети христијанском”*: Analiza člana 5. Dušanovog zakonika, Niš 2013, Zbornik radova “1700 godina Milanskog edikta”, Niš.
- Милаш, Н. (1902) *Православно црквено право: по општим црквено-правним изворима и посебним законским наредбама које важе у појединим аутокефалним црквама*, Мостар.
- Николић, Д. (2000) *Древноруско словенско право*, Београд.
- Николић, Д., Ђорђевић А. (2013) *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш.
- Соловјев, А. (1980) *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Београд.
- Соловјев, А. (1998) *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд.
- Соловјев, А. (1998) *Историја словенских права*, Београд.
- Соловјев А. (2001), *Постанак и значај Душановог законика*, Београд.
- Стојичић, С. С. (2002) *Државноправна историја српског народа*, Ниш.
- Суботин Голубовић, Т. (2013) *Матија Властар, Синтагма*, Београд.
- Тарановски, Т. (2002) *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд.
- Шаркић, С., Поповић, Д. (2012) *Велики правни системи и кодификације*, Нови Сад.

Stefan Stojanović,
PhD student,
Faculty of Law, University of Niš

THE CHURCH COURT IN DUŠAN'S CODE

Summary

The church court is a special court in the system of several different types of courts that existed in the legal order of the Serbian medieval state. Dušan's Code is the most important historical legal document and the constitution of medieval Serbia, which established the legal position of the Serbian Orthodox Church, provided for the administrative and economic immunities of the church, and instituted the church court. The rights guaranteed in Dušan's Code were enjoyed by the church not only because of its religious, spiritual and socio-humanistic functions but, above all, because of its political role in medieval Serbia. The paper aims to present the norms of Dušan's Code regarding the church court and analyze them from the perspective of legal history, in order to establish the jurisdiction of the church court, the types of adjudicated cases and the protection of the exclusive right of the church to judge in disputes within its jurisdiction.

Keywords: church court, Middle Ages, Dušan's Code, Serbian medieval law, Byzantine law.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Списак рецензената у 2018. години

1. **Др Милан Петровић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, у пензији;
2. **Dr Mişuna Tudorascu**, ванредни професор Факултета за правне и друштвене науке „1 Децембар“, Универзитета Алба Јулија у Румунији;
3. **Др Драган Николић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
4. **Др Бернадет Бордаш**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, у пензији;
5. **Др Радмила Васић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
6. **Dr Savina Mihaylova**, доцент Правног факултета Универзитета „Свети Климент Охридски“ у Софији;
7. **Др Наташа Стојановић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
8. **Др Стеван Лилић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, у пензији;
9. **Др Наташа Голубовић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
10. **Др Мирко Живковић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
11. **Др Гордана Илић-Попов**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду;
12. **Dr Mustafa Yasan**, docent Pravnog fakulteta Sakarya Univerzитета u Turskoj;
13. **Др Родољуб Етински**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
14. **Др Саша Кнежевић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
15. **Др Љубинка Ковачевић**, ванредни професор Правног факултета

Универзитета у Београду;

16. **Др Цевад Дрино**, ванредни професор Правног факултета у Зеници;
17. **Др Мирослав Лазић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
18. **Др Ивана Дамњановић**, доцент Факултета политичких наука Универзитета у Београду;
19. **Др Жељко Бартуловић**, редовни професор Правног факултета у Ријеци;
20. **Др Гоце Наумовски**, редовни професор Правног факултета “Јустинијан први” у Скопљу;
21. **Др Марина Димитријевић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
22. **Др Зоран Лончар**, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
23. **Др Ирена Пејић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
24. **Др Драгана Раденковић-Јоцић**, редовни професор Економског факултета Универзитета у Нишу;
25. **Др Невена Петрушић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
26. **Др Срђан Голубовић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
27. **Др Маша Кулаузов**, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
28. **Др Предраг Цветковић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
29. **Др Александар Ђирић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
30. **Др Предраг Димитријевић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
31. **Др Сава Аксић**, ванредни професор Правног факултета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици;
32. **Др Бојан Урдаревић**, ванредни професор Правног факултета у Крагујевцу;
33. **Др Миомира Костић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
34. **др Мирјана Дреновак-Ивановић**, ванредни професор Правног

- факултета Универзитета у Београду;
35. **Др Сања Ђопић**, виши научни сарадник у Институту за криминолошка и социолошка истраживања у Београду;
 36. **Др Слободанка Перић**, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини - са привременим седиштем у Косовској Митровици;
 37. **Др Видоје Спасић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
 38. **Др Небојша Раичевић**, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
 39. **Др Сандра Фишер Шобот**, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
 40. **Др Зоран Кесић**, доцент Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду;
 41. **Др Марко Трајковић**, ванредни професор Правног факултета у Нишу;
 42. **Др Маја Настић**, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
 43. **Др Драган Јовашевић**, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
 44. **Др Дејан Вучетић**, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;
 45. **Др Зоран Васиљевић**, доцент Правног факултета у Бањој Луци;
 46. **Др Наташа Деретић**, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду;
 47. **Др Душица Миладиновић-Стефановић**, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
 48. **Др Новак Крстић**, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
 49. **Др Урош Здравковић**, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
 50. **Др Страхиња Миљковић**, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини - са привременим седиштем у Косовској Митровици;
 51. **Др Иван Илић**, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;
 52. **Др Милош Прица**, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу;

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера,
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman
Аутор(и)	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт e-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (References)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде .
Достава радова	Радови се достављају у електронском облику (као attachment) на следећу адресу: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Огледни примерак рада	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley& Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp