

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 88 | ГОДИНА LIX | 2020

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

Nº 88 | YEAR LIX | 2020

НИШ, 2020.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2020.

## Издавач

Правни факултет у Нишу

## За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

## Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић,  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## Уредништво

Проф. др Ирена Пејић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у Нишу

Проф. др Невена Петрушић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Драган Николић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Мирослав Лазић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Марина Димитријевић,  
редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Небојша Раичевић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Душица Миладиновић  
Стефановић, ванредни професор Правног  
факултета Универзитета у Нишу

Др Михајло Цветковић, доцент Правног  
факултета Универзитета у Нишу

Сања Ђорђевић Алексовски, асистент  
Правног факултета Универзитета у Нишу

## Научни савет

Др Владимир Ђурић, научни сарадник  
Института за упоредно право у Београду

Др Гордана Илић-Попов, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Београду

Др Весна Кнежевић Предић, редовни  
професор Факултета политичких наука,  
Универзитета у Београду

Др Хајрија Мујовић, научник саветник  
Института друштвених наука у Београду

Др Душан Николић, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у  
Новом Саду

Др Владан Петров, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у  
Београду

Др Дарко Симовић, редовни професор  
Криминалистичко-полицијског  
Универзитета у Београду

Др Драгољуб Тодић, редовни професор  
Института за међународну политику и  
привреду у Београду

Др Сања Ђојић, виши научни сарадник  
Института за криминолошка и  
социолошка истраживања у Београду

### Међународни редакциони одбор

Др Жељко Бартуловић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Хрватска

Др Мартин Белов, редовни професор Правног факултета, Универзитет "Климент Охридски" у Софији, Бугарска

Др Серјогин Андреј Викторовић, доцент Правног факултета Јужног федералног универзитета, Ростов на Дону, Руска Федерација

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Др Сашо Георгијевски, редовни професор Правног факултета "Јустинијан Први" у Скопљу, Република Северна Македонија

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног факултета, Универзитет "Sakarya", Турска

Др Тодор Каламатијев, редовни професор Правног факултета "Јустинијан Први" у Скопљу, Република Северна Македонија

Др Златан Мешкић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина

Др Дарко Радић, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци, Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Жељко Радић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Сплиту, Хрватска

Др Димитрије Ђеранић, доцент Правног факултета у Источном Сарајеву, Република Српска, Босна и Херцеговина

**Уредник рубрике:** Доц. др Михајло Цветковић

**Секретар Редакционог одбора:** Сања Ђорђевић Алексовски, асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

**Лектура радова и превод резимеа:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић (српски)

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Технички уредник онлајн издања:** Владимир Благојевић

**Штампа:** Медивест Ниш

**Тираж:** 120

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, 2020

### **Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

### **For the Publisher:**

Prof. dr Goran Obradović, Dean

### **Editor-in-Chief:**

Irena Pejić, LL.D, Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

### **Editorial Board of the Law Faculty Journal**

Prof. Irena Pejić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prof. Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prof. Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prof. Miroslav Lazić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prof. Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prof. Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prof. Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Doc. Mihajlo Cvetković, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

Sanja Đorđević Aleksovski, Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

### **Scientific Council**

Dr Vladimir Đurić, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Prof. dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Prof. dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Full Professor, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Dr Sanja Čopić, Senior Research Associate, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia

### International Editorial Board

Dr Željko Bartulović, Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

Prof. dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University "St. Kliment Ohridski", Sofia, Bulgaria

Doc. dr Seryogin Andrey Viktorovich, Assistant Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Rostov-on-Don, Russian Federation

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Prof. dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

Prof. dr Sašo Georgijevski, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Doc. dr Yasan Mustafa, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

Prof. dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Prof. dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Darko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Doc. dr Dimitrije Čeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

**Column Editor:** Mihajlo Cvetković, LL.D

**Secretary of the Editorial Board:** Sanja Đorđević Aleksovski

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

**Proofreading:** Aleksandra Gojković (Serbian)

**Layout editor:** Nenad Milošević

**Online Journal editor:** Vladimir Blagojević

**Print:** Medivest Niš

**Circulation:** 120

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

## I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

### У ФОКУСУ / IN FOCUS

### ЗАВЕШТАЊЕ И НАСЛЕДНО ПРАВО / *LEGACY AND INHERITANCE LAW*

**Драгица Живојиновић,**

Стављање завештања ван снаге у  
аустријском и српском праву..... 15

*Proceedings for declaring a will ineffective  
in Austrian and Serbian Legislation*

**Наташа Стојановић,**

Поступак за расправљање заоставштине и  
претходно питање ..... 35

*Probate Proceedings and a Previous Issue*

**Marko Dimitrijević,**

State immunity for economic activities:  
Example of an odious public debt..... 55

*Одговорност државе за економске активности:  
пример уписа несавесног јавног дуга*

**Љубица Николић,**

Државна помоћ и фер тржишна утакмица ..... 71

*State Aid and Fair Competition*

**Предраг Димитријевић,**

**Невена Миленковић,**  
Сврха правних средстава у управном спору ..... 93

*The Purpose of Legal Remedies in Administrative Disputes*

**Сања Арежина,**

Анализа имовинско-правних односа између Српске  
Православне Цркве и Црне Горе у контексту доношења  
закона о слободи вјероисповјести или увјерења и правном  
положају вјерских заједница ..... 111

*Analysis of Real-Estate Property Issues between the Serbian Orthodox Church and the Montenegrin State in the context of adopting the Act on Freedom of Religion or Belief and the Legal Status of Religious Communities*

**Марта Сјеничић,**

**Сандра Перић,**

**Драгана Марчетић,**

Политика правосудног система и система социјалне заштите према питању пословне способности – Приказ истраживања на територији града Београда ..... 135

*The Judiciary System and the Social Care System  
Policy on Contractual Capacity: Overview of  
research conducted in the City of Belgrade*

**Sladana Aras Kramar,**

Ovrha radi predaje djeteta i ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom u svjetlu hrvatskih i europskih novina ..... 157

*Enforcement of Decisions on Child Residence and  
Contact Orders concerning the Child in light of  
novelties in Croatian Law and European Law*

**Gordana Ignjatović,**

Integrative Learning Approach in ESP/ELP: Theoretical framework of intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary, and transdisciplinary integration ..... 179

*Integrativni pristup učenju Engleskog jezika pravne struke  
(teorijski okvir): Intradisciplinarni, multidisciplinarni,  
interdisciplinarni i transdisciplinarni aspekti*

## II IN MEMORIAM

**In Memoriam** ..... 201

*Проф. др Драган М. Стојановић,  
редовни професор Правног факултета у Нишу,  
у пензији (Ирена Пејић, Маја Настић)*

*Prof. Dr. Dragan M. Stojanović,  
Full Professor (retired), Faculty of Law, University of Niš  
(I.Pejić, M.Nastić)*



### III ПРИКАЗИ / BOOK REVIEWS

Проф. др Костадин Пушара, академик, проф. др Јасмин Јагањац, проф. др Жељко Ковачевић, „Лобирање у савременим условима”, Удружење интересног лобирања и промоције лобистичке професије Босне и Херцеговине, Сарајево, 2017 (Предраг Јеленковић)..... 207

*Prof. dr. Kostadin Pušara (academician), prof. dr Jasmin Jaganjac, prof. dr Željko Kovačević, “Lobbying in modern conditions”, Association of Interest Lobbying and promotion of the lobbying profession in Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 2017 (Predrag Jelenković)*

Др Дарко Димовски „Злочин мржње“, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2020 (Филип Мирић)..... 213

*Darko Dimovski, LL.D., “Hate Crime”, Publication Ceter, Faculty of Law, University of Niš, 2020 (Filip Mirić)*

### IV РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS

**Милош Васовић,**

Стварни власник прихода као анти-абузивна мера у српском пореском законодавству..... 217

*Beneficial Ownership of Income as an Anti-Abusive Measure in Serbian Tax Law*

**Ивана Ђокић,**

Обезбеђење континуитета породичноправне заштите после отварања наслеђа једног лица у руском праву..... 233

*Ensuring the Continuity of Family Law Protection after the Opening of Succession Estate in Russian Law*

**Ирена Радић,**

Феникс се поново рађа..... 247

*The Phoenix is rising again*

Упутство за ауторе..... 271



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

У фокусу броја 88/2020 Зборника радова Правног факултета у Нишу налазе се два научна рада из области наследног права. Један научни рад представља компаративну анализу завештања у аустријском и српском праву, а други научни рад бави се поступком за расправљање заоставштине и претходним питањем. У овом броју налази се део научних радова који су презентовани на Међународној научној конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаној 17-18. септембра, 2020. године на Правном факултету у Нишу. Сви радови испуњавају високе стандарде двоструког анонимног рецензирања у Асистент3 систему онлајн уређивања научног часописа.

У Нишу, децембар, 2020.

*Главни и одговорни уредник  
Проф. др Ирена Пејић*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

This issue of the Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (88/2019) comprises scientific papers on a range of research topics. The rubric In Focus features two articles in the area of succession law. The first article provides a comparative analysis of wills in Austrian and Serbian law, and the second one focuses on probate proceedings and the previous issue in Serbian law. The issue includes a number of scientific papers presented at the International Scientific Conference "Responsibility in the Legal and Social Context", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 17-18 September 2020. They cover research topics in the field of administrative law, tax law, law and economics, company law, public international law, property law, family law and social welfare. All papers meet the high standards of double-blind peer review in the SCI-Assistant3 online journal editing system.

Niš, December 2020

*Prof. Irena Pejić, LL.D.  
Editor-in-Chief*

# I ЧЛАНЦИ

---

---



**Др Драгица Живојиновић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Крагујевцу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-26864

UDK: 347.67(497.11:436)  
Рад примљен: 01.06.2020.  
Рад прихваћен: 24.08.2020.

## **СТАВЉАЊЕ ЗАВЕШТАЊА ВАН СНАГЕ У АУСТРИЈСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ\*\***

**Апстракт:** Стављање пуноважног завештања ван снаге на темељу чињеница из којих се изводи претпоставка о несагласности са раније изреченом завештаоачевом последњом вољом, а коју могућност регулише један број савремених законодавства, разликује се од опозива завештања као строго личног акта којим тестатор изричито или прећутно испољава *animus revocandi*. Предмет овог рада је анализа законских решења којима се уређују случајеви када може доћи до стављања завештања ван снаге у аустријском праву (престанак партнерског, односно сродничког односа након сачињавања завештања и необухватање јединог детета завештањем услед заблуде завештаоца) и праву Србије (битна измена прилика које су у време завештања биле завештаоачева одлучујућа побуда да сачини завештање одређене садржине). Након разматрања чињеница на којима почива презумпција о несагласности са изреченом последњом вољом завештаоца и осталих услова за примену овог института, као и њихове компарације, аутор налази да се уплив законодавца у слободу завештања може оправдати само уколико је то нужно за њено остварење. У противном, таква интервенција носи опасност од додатног ограничавања, па и узурпирања слободе завештања.

**Кључне речи:** завештање, слобода завештања, стављање завештања ван снаге, опозив завештања, претпостављена воља завештаоца.

---

\* dragica.zivojinovic@gmail.com

\*\* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: "Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније", који се финансира из средстава Факултета.

## 1. Увод

Завештање је једнострано, строго лична, формална и увек опозива изјава воље којом завешталац распоређује своју имовину за случај смрти. Да би произвело правно дејство *mortis causa*, оно мора бити пуноважно,<sup>1</sup> односно сачињено сагласно законом предвиђеним условима пуноважности. Међутим, до наступања дејства тестаментa не мора нужно доћи. Након сачињавања пуноважног завештања могу наступити извесне околности које онемогућавају његово дејство. Једна од њих је да завештање буде опозвано. Могућност опозива претходно сачињеног (сачињених) завештања саставни је део слободе завештања којом се завештајно способном лицу признаје право да по сопственој вољи и нахођењу располаже својом имовином за случај смрти у границама (Ђурђић Милошевић, 2018: 50) и под условима одређеним законом (Антић, 1983: 9). Опозив завештања је једнострано изјава воље завештаоца којом се мења или укида, односно ставља ван снаге раније сачињено пуноважно завештање или нека његова одредба (Живојиновић, 2013: 194). Због строго личне правне природе завештања, и његов опозив као посебан облик располагања за случај смрти представља строго лични акт.

До немогућности поступања по одредбама пуноважног завештања може доћи и мимо утицаја завештаоачеве воље. Наиме, од сачињавања завештања до момента смрти оставиоца, па и након тога, могу наступити околности које доводе до недејства тестаментa у целини или делимично (пропаст предмета легата ако је у питању индивидуално одређена и незаменљива ствар; када тестаментарни наследници неће или не могу да наследе а завешталац им није одредио супституте; када је заоставштина презадужена итд.), а које се могу уподобити са немогућношћу испуњења у уговорном праву (Антић, 1983: 150).

Најзад, поједина законодавства<sup>2</sup> препознају потребу и регулишу могућност стављања пуноважног завештања ван снаге које се, сажето речено, базира на претпостављеној вољи завештаоца. Предмет нашег интересовања у овом раду је управо анализа законских решења којима се ова могућност нормира у аустријском и српском праву, посебно што су она из аустријског права новијег датума па њихова компарација са домаћим решењем завређује пажњу. Њен циљ су сагледавање на којим чињеницама законодавац изводи

---

1 Изузетак су рушљива завештања која производе правна дејства *mortis causa* али због недостатка мањег значаја, којим се превасходно вређају приватни интереси, могу бити поништена или протеклом рока за поништење правно оснажена.

2 Познају их немачко, аустријско, холандско, хрватско, каталонско, српско право, право Федерације БиХ и друга.



претпоставку о несагласности са раније изреченом последњом вољом завештаоца, који услови треба да буду испуњени да би дошло до стављања завештања ван снаге и, будући да хипотетичка воља тестатора на којој се темељи примена овог института може бити у нескладу са његовом истинском намером, да ли се и у којој мери стављањем завештања ван снаге у случајевима нормираним у овим правима узурпира слобода завештања или пак оно представља користан инструмент реализације праве воље тестатора.

## 2. Стављање завештања ван снаге у аустријском праву

### 2.1. Стављање завештања ван снаге услед промене у породичним приликама завештаоца

Након реформе Аустријског грађанског законика<sup>3</sup> (у даљем тексту: АГЗ) из 2015. године, којом су, између осталог, извршене знатне измене и допуне норми наследног права,<sup>4</sup> у његовом дванаестом делу, одељак III, уврштено је правило о стављању завештања ван снаге у случају престанка сродничке или партнерске везе са завештаоцем. Према параграфу 725 (1) АГЗ, након престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице за време оставиочевог живота, претходно учињена тестаментарна располагања у корист бившег супружника, регистрованог партнера или ванбрачног партнера биће ван снаге (*aufgehoben*) уколико завешталац није изричито наредио другачије. Исто важи у случају успешно оспореног сродничког односа, опозива или поништења усвојења, чак и ако до тога дође након отварања наслеђа, за тестаментарна располагања учињена у корист бивших сродника.

У ставу (2) истог параграфа наводи се да ће, у случају сумње, тестаментарна располагања бити ван снаге ако је тестатор, или лице које је на то законом овлашћено, за време оставиочевог живота иницирало поступак за престанак брака или регистрованог партнерства, опозив или поништење усвојења. Исто се примењује у случају када умрли за живота покрене поступак за оспоравање сродничког односа, којим се утврди да наводни сродник није његов потомак.

---

3 Аустријски грађански законик. Преузето 24. 01. 2020. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

4 Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Teil I Nr. 87/2015, Преузето 15. 07. 2020. [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\\_2015\\_I\\_87/BGBLA\\_2015\\_I\\_87.pdfsig](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_87/BGBLA_2015_I_87.pdfsig).

Као што се из наведеног параграфа може видети, до стављања ван снаге тестаментарних располагања долази уколико су након сачињавања пуноважног завештања наступиле одређене промене у породичним приликама завештаоца<sup>5</sup> које су овде таксативно набројане – да је дошло до престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице, до успешног оспоравања сродничког односа, или до опозива или поништења усвојења.<sup>6</sup> По мишљењу законодавца, ове промене су таквог значаја и карактера да воде презумпцији о несагласности са раније изреченом последњом вољом (Zankl, 2017: 92). За примену ове одредбе ирелевантно је да ли је до њих дошло за време оставиоачевог живота, или је тада био покренут поступак који је након делације оставиоца окончан престанком партнерског односа или сродства. Под њен удар потпадају она тестаментарна располагања која су учињена у корист бившег партнера, односно бившег/наводног сродника, тако да, у зависности од садржине завештајног располагања, његовом применом може бити стављено ван снаге цело завештање или поједине његове одредбе.

Будући да законодавац не одређује другачије, до стављања завештања ван снаге долази не само када тастатор због одсуства завештајне способности није могао опозвати своје завештање (у ком случају надомешћује његову вољу), него и када је то могао учинити (када ту вољу замењује). Дакле, овим се не дира у право завештаоца који је способан за тестирање да за време свог живота, било када, пре или након престанка партнерског или сродничког односа, или у току поступка који томе води, сам опозове тестаментарна располагања учињена у корист ових лица.<sup>7</sup> Ова последица наступа у случају када он то није учинио на неки од прописаних начина, а применом овог параграфа тестаментарна располагања учињена у корист бившег партнера, односно бившег/наводног сродника остају без дејства.

5 Различита врста промена у породичним приликама завештаоца у законодавствима која познају овај институт може довести до стављања тестаментарних одредби/тестаментарна ван снаге. У већини случајева то је престанак партнерског односа, било да је у питању брак (чл. 4: 52 Грађанског законика Холандије. Преузето 20. 01. 2020. [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=91671&p\\_country=NLD&p\\_classification=01.03](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=91671&p_country=NLD&p_classification=01.03); чл. 123 Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ, *Službene novine Federacije BiH*, 80/2014; чл. 67. Закона о наслеђивању Хрватске, *Narodne novine*, 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19), брак или веридба (параграф 2077 (1) и (2) Немачког грађанског законика. Преузето 20. 01. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/)); или брак и ванбрачна заједница (чл. 422-13.2 Грађанског законика Каталоније. Преузето 20. 02. 2020. <http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/L10-08-2.htm#t2c3s1>).

6 Облик усвојења који познаје аустријско право је мешавина облика потпуног и непотпуног усвојења из српског права, па је осим поништења могућ и његов опозив (Ђеранић, 2015: 267–268). Видети параграф 200–201 АГЗ.

7 Параграф 717-724 АГЗ.



добробит бившег супружника, партнера или сродника, његова жеља да им путем завештања остави какву корист из заоставштине, по правилу престаје престанком ових лично-правних односа, па тако и блискости, што одговара вољи типичног завештаоца (Welser, 2018: 7). Критици је, међутим, изложено решење које ни по нашем мишљењу није без мана, према коме се постојање супротне намере завештаоца уважава једино уколико је изричито изражена. Сматра се да би далеко прихватљивија опција била да се постојање другачије намере, односно воље завештаоца да ова лица, упркос тим околностима, стекну корист из завештајног располагања, може доказивати свим расположивим доказним средствима, па и да се њено постојање може утврђивати на основу околности конкретног случаја (ако, на пример, након развода брака бивши супружници остану у добрим односима) или тумачењем завештања (Zankl, 2017: 93), какво решење постоји у немачком праву.<sup>9</sup>

За ово гледиште може се наћи одговарајућа аргументација. Поред напред изнете недоумице по питању исправности прихватања једино изричито исказане намере завештаоца, њу видимо и у томе што законодавац стављањем пуноважног завештања ван снаге ступа на терен приватноправне аутономије воље признате појединцу у домену наследног права, чије уважавање треба да значи остављање могућности доказивања и утврђивања супротне воље завештаоца и када она није изричито испољена. Овакво решење, чини нам се, више иде у прилог реализацији праве намере тастатора, па га треба размотрити.

У тамошњој теорији спорно је и то да ли под примену предметног параграфа потпадају сва тестаментарна располагања учињена у корист партнера пре престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице, или само на она која су настала за време трајања партнерског односа. Ставови о овоме су различити – једни сматрају да треба узети да је законодавац хтео да стави ван снаге само она тестаментарна располагања која су настала за време трајања партнерства (Christiandl, Nemeth, 2016: 4); док су други мишљења да је ирелевантно када је завештање сачињено, већ да је битно каква је тастаторова (претпостављена) воља након престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице (Welser, 2018: 8).

Ово друго становиште не само да недвосмислено произлази из параграфа 725 (1) АГЗ него нам се чини исправнијим, јер и када је завешталац путем

---

<sup>9</sup> Према параграфу 2077 (3) Немачког грађанског законика таква располагања неће бити недејствујућа уколико се може претпоставити да би их тастатор сачинио чак и у таквом случају.

тестаментa располагао у корист, на пример, будућег супружника, он је то чинио у очекивању склапања брака и тада постојеће наклоности према том лицу, па за стављање таквог располагања ван снаге није битан тренутак сачињавања завештања, већ несагласност са раније изреченом вољом по окончању партнерског односа.

У аустријском праву ова одредба се примењује само на тестаментарна располагања, а не и на остале форме располагања имовином за случај смрти, какви су уговор о наслеђивању, поклон за случај смрти, стицање користи по основу полисе о осигурању живота, иако је било предлога за аналогном примени овог параграфа и на те случајеве (Zankl, 2017: 93). Овај параграф има примену на смртне случајеве који су наступили након 31. 12. 2016. године, без обзира када је тестамент сачињен.<sup>10</sup>

## **2.2. Законска претпоставка о опозиву завештања из параграфа 775 (2) АГЗ**

Друга новина коју је донела поменута реформа АГЗ из 2015. године, а чије разматрање сматрамо значајним за остварење циља овог рада, налази се у четрнаестом делу АГЗ који се односи на нужно наслеђивање. Мада законодавац у параграфу чије представљање и оцена следи не говори о стављању завештања ван снаге, него о његовом претпостављеном опозиву, разлог његове анализе на овом месту је што се у оба случаја њихово увођење у аустријско право темељи на претпостављеној вољи завештаоца, што их повезује у контексту вредновања примене ових одредби на поштовање слободе завештања. Према параграфу 775 (2) АГЗ, ако је умрли имао децу или њихово потомство за чије постојање није знао у време сачињавања тестаментa, претпоставља се да је желео да им остави какву корист путем завештања. Уколико је умрли поред непознатог детета имао још деце, претпоставља се да је желео да му остави најмање онолико колико и детету коме је завештао најмањи део заоставштине. Ако је непознато дете његово једино дете, завештање ће се сматрати опозваним (*widerrufen*), осим уколико би умрли сачинио такав тестамент и да је знао за његово постојање.

Сходно овој одредби, до примене претпоставке о опозиву, и то тестаментa у целини, долази уколико је због постојања заблуде завешталац своје једино дете изоставио из завештања, када ће се на конкретан случај расправљања заоставштине применити правила законског наслеђивања (*testamentum ruptum*) (Escher, 2016: 57). Презумпцију о опозиву завештања законодавац базира на чињеници да типичан завешталац своје дете

---

<sup>10</sup> Видети параграф 1503 (7) 2 АГЗ.

именује за наследника или му оставља какву корист из заоставштине. Постојање супротне завештаочеве намере, као и код примене претходно анализираног параграфа, и овде се узима у обзир, али се не тражи њено изричито испољавање. Уколико се докаже (презумпција је дакле оборива) да је завешталац знао за постојање тог детета, па се његово изостављање из завештања не може приписати заблуди него стварној вољи тестатора, то дете ће имати само право на нужни део. Према томе, ако га је завешталац намерно изоставио из тестаментa, не долази до обарања претпоставке, па ће наступити правне последице које она производи – завештање ће се сматрати опозваним.

До примене одредбе о претпостављеном опозиву завештања неће доћи ни у случају када је завешталац имао више деце, а једно од њих је због заблуде изоставио из завештања. Тада ће се извршити прерасподела наследних квота, тако што ће изостављено дете добити најмање онолико колико и оно које је добило најмањи део заоставштине. Терет доказивања супротног од законске претпоставке је на лицима која за то имају правни интерес – којима је завештањем остављена каква корист из заоставштине (Zankl, 2017: 132).

У аустријској правној књижевности параграф 775 (2) АГЗ изазвао је бројне полемике. Имајући у виду повезаност разлога за поништење и разлога за примену претпоставке о опозиву завештања (заблуда завештаоца), у теорији се истиче да ова одредба представља страног тело у правилима о нужном делу, и да јој је место међу нормама о неважности завештања (Vidmar, 2017: 249). С обзиром на њену формулацију, ова критика није без основа. Наиме, да нема одредбе 775 (2) АГЗ, идентичан резултат би се могао постићи применом параграфа 570 и 572 АГЗ, којим се регулише поништење завештања услед заблуде завештаоца и заблуде о мотиву располагања. У случају успешно окончаног поступка за поништење завештања из ових разлога, закон а не споран тестамент био би основ позивања на наслеђе, чиме би изостављено дете добило законски наследни део, а не нужни део. Чему онда параграф 775 (2) АГЗ?

Оно по чему се поменути параграфи разликују, а може утицати на исход спора, је терет доказивања. Код поништења завештања, па и због мана воље, терет доказивања је увек на лицу које истиче постојање разлога неважности (дакле, био би на детету изостављеном из завештања), што његову процесну позицију не чини ни мало лаком. Увођењем претпоставке о опозиву завештања, аустријски законодавац је ослањајући се на хипотетичку вољу тестатора, очигледно хтео да обезбеди повољнији парнични положај из тестаментa изостављеног јединог детета тестатора,

пребацивањем терета доказивања на лица која завештањем стичу неку корист из заоставштине.

За адекватност примене претпоставке о опозиву завештања у овом случају, важно је размотрити питање да ли је могућ опозив рушљивог завештања, предузет од стране оног ко је на то иначе овлашћен – завештаоца лично? Рушљиво завештање је оно које постоји и производи правно дејство *mortis causa*, али чија судбина је неизвесна због постојања одређених недостатака приликом његовог сачињавања. Та неизвесност се решава његовим поништењем (у законском року) или конвалидацијом (протеком рока за поништење). Имајући ово у виду, опозив рушљивог завештања је могућ, а његове последице су одузимање могућности конвалидације (Антић, Балиновац, 1996: 471). Ипак, између опозива и неважности завештања постоје знатне разлике. Опозивост завештања је саставни део слободе завештања, док се прописивањем разлога неважности завештања (ништавости и рушљивости) штите шири друштвени интереси, интереси сигурности правног промета, односно приватни интереси. Такође, разлог опозива настаје након сачињавања пуноважног завештања и почива на промени у завештаочевој вољи, док је меродаван моменат за утврђивање узрока неважности моменат његовог сачињавања. Питање је онда, да ли је у овом случају оправдано захватање у слободу завештања и да ли је законодавац посегао за адекватним институтом наследног права у циљу заштите и помоћи у остварењу завештаоачеве воље?

Опсежне расправе у тамошној теорији воде се и поводом ширине примене ове одредбе. Засновано на њеном језичком тумачењу, постоји гледиште да се она може односити само на децу која су била рођена у време сачињавања завештања, за чије постојање завешталац није знао и по ком питању је био у заблуди, а не и на ону рођену касније. У овом другом случају, из угла чињеница које су приликом сачињавања завештања постојале а о којима завешталац није имао сазнање, јасно је да он у том тренутку није могао знати за будуће рођење деце, па се првостепени потомци завештаоца рођени након сачињавања завештања не би могли користити погодностима овог параграфа, већ би имали само право на нужни део (Barth, 2016: 188).

Насупрот овоме је становиште да параграфом 775 (2) АГЗ треба обухватити све случајеве незнања завештаоца за постојање свог детета, почев од момента сачињавања завештања до тренутка његове смрти. Као аргумент за став да меродаван моменат за примену претпоставке о опозиву завештања треба да буде моменат делације завештаоца, наводи се да завешталац по правилу своју децу обухвата завештањем, било да их именује за наследнике или легатаре. До истог закључка долази се

систематским и телеолошким тумачењем предметне одредбе која има за циљ да се олакша процесни положај све деце оставиоца изостављене из завештања и заштите њихови наследноправни интереси (Welser, 2018: 8).

Нама се чини да су оба изнета гледишта једним делом основана, а са друге стране потпуно погрешна. Прво гледиште је исправно у делу који се односи на констатацију да је позивање на заблуду могуће само по питању чињеница које су постојале у моменту сачињавања завештања, а поводом којих је завешталац имао погрешну представу. У овом смислу, постојање заблуде се не може протегнути на оно што се десило по окончању акта завештања – у овом случају, на рођење деце након тог тренутка. Друго је исправно у погледу тога да меродаван моменат за примену претпоставке о опозиву завештања треба да буде моменат делације завештаоца. Ово стога што се институт опозива завештања, па по аналогiji и онај претпостављени, базира, односно требало би да се базира на промени у завештаоцевој вољи до које долази услед промене животних, породичних и других околности које га окружују. За примену института опозива релевантно је време од тренутка настанка пуноважног завештања, па до оставиоцеве смрти.

Оба ова става сматрамо погрешним зато што им се, као и законодавцу, може приговорити неуважавање разлике између поништења и опозива завештања.

Анализа параграфа 775 (2) АГЗ уз сагледавање ставова тамошње теорије води закључку да законодавац није на адекватан начин регулисао примену законске претпоставке о опозиву завештања у овом случају. Мишљења смо да му је позивањем на завештаоцеву заблуду као разлог изостављања јединог детета из завештања, измакла суштина опозива завештања, коју би морао да следи и онај који се заснива на законској претпоставци. Такође, сматрамо да се ефекати које је тамошњи законодавац имао у виду овде адекватније могу остварити применом института стављања завештања ван снаге него претпостављеним опозивом. То би се могло постићи редиговањем ове одредбе на следећи начин: Ако је умрли имао децу или њихово потомство, претпоставља се да је желео да им остави какву корист путем завештања. Уколико се након сачињавања завештања завештаоцу роди дете/деца (или га/их усвоји) а има још деце, претпоставља се да је желео да му/им остави најмање онолико колико и детету коме је завештао најмањи део заоставштине.<sup>11</sup> Ако му се роди једино дете (или га усвоји),

---

11 Овде се може поставити питање да ли ће се деца рођена или усвојена након сачињавања завештања задовољити делом заоставштине који је једнак делу детета којем је остављен најмањи део заоставштине. Ипак, ово је оборива претпоставка, па је доказивање супротног дозвољено.



завештање ће бити ван снаге, уколико из околности не произилази другачија намера завештаоца.

На овај начин би се правила доследна разлика између стављања завештања ван снаге, поништења и опозива завештања, ишло би се у правцу реализације претпостављене воље завештаоца и обезбедио повољнији парнични положај јединог оставиоцевог детета (и остале деце оставиоца као његових најближих сродника) изостављеног из завештања. Постојање заблуде завештаоца као разлог необухватања јединог детета тестаментом треба решавати у оквиру правила о неважности завештања. Одредба о стављању завештања ван снаге у овом случају би се темељила на околности да су након сачињавања пуноважног завештања наступиле одређене промене у породичним приликама тестатора, што би га приближило оном из параграфа 725 (1) АГЗ. Док се у првобитно анализирном параграфу АГЗ ради о стављању пуноважног завештања ван снаге на основу *престанка* одређених породичноправних односа, овде би се радило о истом, али на основу *настанка* одређеног породичноправног односа – родитељства.<sup>12</sup>

Остаје, међутим, питање имали потребе за оваквим уплитањем законодавца у слободу завештања и зашто се завештаоцу не препушта на слободу да одлучи хоће ли након насталих промена у породичним приликама остати при сачињеном пуноважном завештању или неће?

### 3. Стављање завештања ван снаге у српском праву

У српском позитивном праву нема одредби оваквог садржаја, нити у Нацрту Грађанског законика Републике Србије<sup>13</sup> има предлога који указују на препознавање потребе за њиховим постојањем. Ипак, у Закону о наслеђивању РС<sup>14</sup> (у даљем тексту: ЗОН), у делу којим се утврђује појам завештања и прописују услови његовог пуноважног настанка, налази се одредба којом се уређују последице губитка способности за расуђивање

---

12 Стављање завештања ван снаге у овом случају и примена правила законског наслеђивања на конкретан случај расправљања заоставштине регулисана је у Part 3, Section 2-302. Revised Uniform Probate Code 2019. Omitted child. (a) Parent-Child Relationship Established After Execution of a Will. Преузето 11. 02. 2020. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=a6d802c3-c618-3dcb-f7b0-124c3fb1c43e&forceDialog=0>.

13 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд, објављен 29. 05. 2015. Преузето 13. 04. 2020. <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

14 Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

након сачињавања завештања на његову делотворност,<sup>15</sup> а према којој, уз испуњење одређених услова, пуноважно завештање или поједине његове одредбе могу бити стављене ван снаге.

Способност за расуђивање представља субјективну, а законом предвиђен узраст од 15 година живота, објективну компоненту завештајне способности, чије кумулативно постојање у моменту предузимања аката завештања је неопходно за његову пуноважност. Сходно чл. 80, ст. 1 ЗОН, губитак способности за расуђивање после сачињавања завештања не утиче на његову пуноважност, па ће након смрти завештаоца оно произвести правно дејство.

Међутим, према ставу законодавца израженом у чл. 80, ст. 2 ЗОН, ово решење би могло бити неправично у ситуацији када су се након губитка завештаоачеве способности за расуђивање, па тако и завештајне способности, *"битно измениле прилике* које су у време завештања биле завештаоачева одлучујућа побуда" да сачини завештање одређене садржине. Због непостојања способности за расуђивање тестатор не може пуноважно вршити признато му право на опозив завештања, а услед једностраности и строго личног карактера овог правног посла, то уместо њега не може учинити нико други. Ово завештање се, такође, не би могло поништити због одсуства тестаментарне способности – јер је у време његовог сачињавања она постојала, нити због мана воље – јер је тада постојала озбиљна, стварна и слободна воља, мотивисана допуштеним побудама. Да би се постигла одређена равнотежа између начела правичности и слободе завештања (Стојановић, 2011: 201), законодавац предвиђа да суд може, на захтев заинтересованог лица, ставити ван снаге поједине одредбе завештања или цело завештање.<sup>16</sup> Увођење овог института у српско право законодавац базира на претпостављеној вољи завештаоца (Антић, Балиновац, 1996: 312).

Да би дошло до стављања завештања/завештајних одредби ван снаге, потребна је кумулативна испуњеност неколико услова. Први од њих је постојање пуноважног завештања. У противном, нема места примени ове одредбе, већ оних којима се уређује неважност завештања (чл. 155–170 ЗОН), чиме се врши јасно разграничење између ових института.

Други је да је након сачињавања завештања тестатор изгубио способност за расуђивање. За примену ове одредбе релевантним нам се чине само случајеви трајног губитка способности за расуђивање до кога најчешће долази услед старости или болести завештаоца. Привремени губитак

---

15 Видети чл. 80 ЗОН.

16 Члан 80, ст. 2 и 3 ЗОН.

ове способности, настао као последица краће болести, конзумирања неких лекова, алкохола, дрога итд., не видимо као битан за примену овог института код кога је кључно да завешталац од губитка способности за расуђивање до своје смрти није могао сам пуноважно опозвати завештање – чиме се ставља јасна алузија на трајност овог стања.

Испуњеност другог услова могуће је доказивати свим расположивим доказним средствима, а решење суда којим се завешталац због неспособности за расуђивање потпуно лишава пословне способности, твори необориву претпоставку да није био способан да измени завештање (Антић, Балиновац, 1996: 316). За разлику од потпуног, делимично лишење пословне способности може, али не мора водити непостојању завештајне способности, све у зависности од тога који степен способности за расуђивање поседује односна особа (Живојиновић, 2016а: 154). Сходно Породичном закону и Закону о ванпарничном поступку, суд је у решењу којим неко лице делимично лишава пословне способности дужан да на основу резултата медицинског вештачења одреди врсту послова које оно може самостално предузимати, поред послова на које је законом овлашћено.<sup>17</sup> Ако у те правне послове не спада сачињавање (опозив) завештања, има се узети да је овај услов испуњен, па је претпоставка о одсуству способности завештаоца да сам опозове завештање и овде необорива, док то стање траје.

За примену ове одредбе такође се мора имати у виду да се потпуно, као ни делимично лишење пословне способности не врши трајно (Живојиновић, 2016б: 402). Суд је дужан да у решењу којим одлучује о лишењу пословне способности одреди рок који не може бити дужи од три године, у коме ће проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере.<sup>18</sup> Сходно овоме, он изречену меру може продужити, али и укинути, па је за испуњеност овог услова неопходно да је она трајала до краја живота завештаоца и да он због недостатка способности за расуђивање није могао опозвати претходно завештање.

Трећи услов је да је дошло до битне промене прилика које су представљале завештаочеву одлучујућу побуду да тестаментарно располаже. За испуњеност овог услова, промена прилика треба да буде таквог карактера да би завешталац засигурно сам опозвао тестамент да је поседовао

---

<sup>17</sup> Видети чл. 40, ст. 3 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95- др. закон, 18/2005- др. закон, 85/2012, 45 /2013- др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015- др. закон. и чл. 64, ст. 1 и 147, ст. 3 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/2005, 727/2011 – др. закон и 6/2015.

<sup>18</sup> Видети чл. 40, ст. 2 и чл. 42, ст. 3 Закона о ванпарничном поступку.

завештајну способност (Ђурђевић, 2015: 124). У овом смислу, неопходно је да дође до битне промене у квалитету односа између завештаоца и лица коме је завештањем остављена каква корист из заоставштине, односно да дође до промене понашања тог лица које је супротно ономе које је мотивисало завештаоца да сачини завештање, или у њега унесе неку одредбу (Антић, Балиновац, 1996: 315). Законодавац таксативно не набраја који све животни догађаји и ситуације се подводе под појам измењених прилика, па га треба схватити у најширем смислу.

Тренутак када је дошло до битне промене прилика такође би морао бити предмет утврђивања од стране суда, како би дошло до ваљане примене овог института. Наиме, за његову примену нису релевантне прилике које су се већ битно промениле пре сачињавања завештања – у овом случају завештање би могло бити предмет поништења због заблуде о чињеницама које су завештаоца побудиле да сачини завештање (чл. 167, ст. 1 ЗОН). Овде су од значаја оне прилике које су, прво, наступиле након сачињавања завештања и, друго, након завештаочевог губитка способности за расуђивање. Ово последње значи да уколико је дошло до битне промене прилика, завешталац је за то сазнао и био у прилици да опозове завештање (дакле, пре губитка способности за расуђивање), а то није учинио, нема испуњености овог услова, па суд при оваквом следу догађаја не може ставити пуноважан тестамент ван снаге. Дакле, судећи према напред анализираним условима, у опозив завештања српски законодавац се не меша већ га у потпуности препушта завештајно способном лицу. Само изузетно, уколико тестатор није могао пуноважно вршити признато му право на опозив, суд може ставити тестамент ван снаге, чиме се вршење слободе завештања претерано не угрожава; тачније, захват у ову слободу је минималан у мери у којој суд може погрешити у процени испуњености услова.

Најзад, последњи услов за примену овог института је да је лице које има правни интерес захтев за стављање завештања ван снаге истакло у року од три године од проглашења завештања. Под лицем које има правни интерес подразумева се свако лице чији наследноправни положај би се овим побољшао. То може бити особа именована за наследника завештањем сачињеним пре оног које се ставља ван снаге, законски наследник, легатар чији би терет овим отпао итд. Трогодишњи рок је преклузивне природе, суд о његовом протеклу води рачуна по службеној дужности, а истеком рока гаси се ово право.

#### **4. Компарација решења о стављању завештања ван снаге из аустријског и српског права**

Оно што повезује институт стављања завештања ван снаге из аустријског и српског права је да оба почивају на претпостављеној вољи завештаоца, па је мотив њиховог увођења допринос остварењу завештаоачеве воље. Тачка њиховог повезивања је и то што се у случају регулисаном у српском праву и оном из параграфа 725 АГЗ презумпција о промени у тестваторовој вољи темељи на битној измени околности у односу на оне које су постојале у време сачињавања завештања, а које су била завештаоачева побуда да својом заоставштином располаже на одређен начин, односно у корист одређених лица. У ова два случаја идентично је и то што се ради о стављању пуноважног завештања ван снаге. Другачије је код параграфа 775 (2) АГЗ, којим се, како смо видели, према слову законодавца, рушљиво завештање сматра опозваним на основу заблуде која је постојала у тренутку сачињавања завештања.

Оно што делимично раздваја ова два института су разлози стављања завештања ван снаге. У аустријском праву они су таксативно набројани – престанак брака, регистрованог партнерства, ванбрачне заједнице, успешно оспоравање сродничког односа, престанак усвојења; док је разлог увођења претпоставке о опозиву завештања необухватње јединог детета завештањем услед заблуде завештаоца. У српском праву се ти разлози појединачно не наводе, него се законодавац служи општом формулацијом – наступањем битне измене у завештаочевим приликама, што води закључку о идентичном полазишту у оба права, с тим што су у Аустрији они уже, а у Србији, шире конципирани. Стога нема сметњи да се и у нашем праву под "битном изменом прилика које су у време завештања биле завештаоачева одлучујућа побуда" не подведу и околности које су у праву Аустрије препознате као разлог стављања завештања ван снаге, односно да се њима могу обухватити ове (изузев случаја регулисаног параграфом 775 (2) АГЗ), али и друге околности. У праву Аустрије ван набројаних разлога, пуноважно завештање не може бити стављено ван снаге.

Најзначајнија разлика између стављања завештања ван снаге у аустријском и српском праву, која је кључна за сагледавање обима захвата у завештаоачеву слободу завештања, јесте што у Аустрији до примене овог института долази и када је завешталац сам дато завештање могао пуноважно опозвати. У праву Србије, стављање завештања ван снаге могуће је само уколико завешталац то сам није могао учинити због губитка способности за расуђивање, па тако и завештајне способности; што води закључку да је мера захвата у слободу завештања већа у аустријском праву.

## 5. Закључна разматрања

Престанак партнерског или сродничког односа, постојање (рођење) јединог детета које није обухваћено завештање јесу битне чињенице у животу тестатора које воде претпоставци о несагласности са раније изреченом последњом вољом. Из овог разлога се увођење института стављања завештања ван снаге у аустријском праву може сагледавати као користан инструмент реализације завештаоачеве воље, јер он не мора лично опозивати завештање. Међутим, колико год се ово решење посматрало као практично, као начин олакшавања завештаоцу, јер уколико његова воља коренспондира законској норми, он не мора ништа чинити, чињеница је да је оно у супротности са правном природом завештања као строго личне изјаве последње воље, па је неопходно сагледати шта је иза те корисности, односно коју штету тамошње уређење овог института може нанети слободи завештања. Имајући у виду да законодавац не ограничава његову примену на ситуације када завешталац након сачињавања завештања изгуби завештајну способност; да ово даље може довести до конфронтације између законске претпоставке и тестаторове праве воље, а да је параграфом 725 (1) АГЗ ограничена могућност доказивања супротне намере тестатора; као и на тотално одсуство доследности и прављење разлике између (претпостављеног) опозива и поништења завештања у параграфу 775 (2) АГЗ, мишљења смо да ови недостаци надмашују корисност која се стављањем завештања ван снаге имала у виду и да начин на који је у праву Аустрије уређен овај институт, носи опасност од додатног ограничавања, па и узурпирања слободе завештања.

Другачија ситуација је у српској нормативи, где могућност стављања ван снаге пуноважног завештања представља не само користан, него и важан инструмент реализације слодобе завештања. Како до овог може доћи изузетно, уколико завешталац није могао сам опозвати раније завештање због губитка завештајне способности, његово увођење спречава неправичну расподелу заоставштине, стицање наслеђа од стране лица која то не заслужује. Уплив у слободу завештања овде није претеран, а постојање овог института надомешћује одсуство способности завештаоца да лично врши призната му права која су саставни део слободе завештајног располагања.

## Литература/References

Antić, O. (1983). *Sloboda zaveštanja i nužni deo*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet u Univerzitetu u Beogradu.

Barth, P. (2016). Pflichtteilsrecht neu. In Barth/Pesendorfer (Hrsg), *Praxis-handbuch des neuen Erbrechts*, 1. Auflage. Linde Verlag. 157–191.

Christiandl, G. Nemeth, K. (2016). Das neue Ebrecht – ausgewählte Einzelfragen, *Österreichische Notariats Zeitung*. 1. 1–14.

Eccher, B. (2016). *Erbrecht, Bürgerliches Recht Band IV*. Wien: Verlag Österreich GmbH.

Vidmar, M. (2017). Der Agnationsfall nach dem ErbRÄG 2015. *Zeitschrift für Familien – und Erbrech.* 6. 249–252.

Welser, R. (2018). Anmerkungen zum ErbRÄG 2015. *Österreichische Notariats Zeitung*. 1. 1–11.

Zankl, W. (2017). *Erbrecht*, Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG.

Антић, О., Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд: Номос.

Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ђурђић Милошевић, Т. (2018). *Ограничење слободе завештајних располагања*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Живојиновић, Д. (2013). Дејство и начин опозива завештања. У Влашковић, Б. (Прир.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 295–311.

Живојиновић, Д. (2016а). Завештајна (не)способност de lege lata и de lege ferenda. У: Стојановић, Н. и Крстић, Н. (Прир.). *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Правни факултет Универзитета у Нишу: Центар за публикације. 151–166.

Живојиновић, Д. (2016б). Пословна способност и њено лишење у светлу Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Правни живот*. 584 (10). 395–412.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Ђеранић, Д. (2015). *Наследноправне последице усвојења*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

### **Правни извори**

Revised Uniform Probate Code 2019. Omitted child. (a) Parent-Child Relationship Established After Execution of a Will. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=a6d802c3-c618-3dc6-f7b0-124c3fb1c43e&forceDialog=0>. Преузето 22. 02. 2020.

Закон о наслеђивању у Федерацији БиХ. *Службене новине Федерације БиХ*, 80/2014.

Закон о наслеђивању, *Народне новине*, 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19.

Аустријски грађански законик, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, Преузето 24. 01. 2020.

Грађански законик Каталоније, <http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/L10-08-2.htm#t2c3s1>. Преузето 20. 02. 2020.

Грађански законик Холандије, [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=91671&p\\_country=NLD&p\\_classification=01.03](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=91671&p_country=NLD&p_classification=01.03), Преузето 20. 01. 2020;

Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45 /2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон.

Немачки грађански законик, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/). Преузето 20. 01. 2020.

Породични закон, *Сл.гласник РС*, 18/2005, 7272011 – др. закон и 6/2015.

Комисија за израду грађанског законика, Нацрт Грађанског законика Републике Србије објављен 29. 05. 2015. Преузето 10. 02. 2020. <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.



**Dragica Živojinović, LL.D.,**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**PROCEEDINGS FOR DECLARING A WILL INEFFECTIVE  
IN AUSTRIAN AND SERBIAN LEGISLATION**

**Summary**

*The proceeding for declaring a will (testament) ineffective on the basis of facts presuming incompliance with the previously expressed last will of the testator, which is prescribed in several contemporary legislations, is distinct from the revocation of a testament as a strictly personal act by which the testator explicitly or tacitly expresses or manifests animus revocandi. The subject matter of this paper is the analysis of legal solutions regulating cases when the last will can be revoked in Austrian law (in case of cessation of partnership or kinship relations after making a last will and exclusion of the only child from the will due to the testator's misconception) and in Serbian law (in case of a substantial change of circumstances which were the testator's decisive motive to make the bequest of certain content at the time of making the will). After examining the facts which are the basis for the presumption of incompliance with the testator's last will and considering other conditions as prerequisites for the application of this institute, as well as their comparison, the author concludes that the legislator's intervention into the freedom of testation could be justified only if it is crucial for exercising this freedom. In other cases, such an intervention bears the risk of imposing additional restrictions, including the interference into testamentary freedom.*

**Keywords:** last will (testament), freedom of testation, declaring a will ineffective, revocation of testament, testator's presumed will.



**Др Наташа Стојановић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28321

UDK: 347.919:347.65/.68(497.11)  
Раd примљен: 09.09.2020.  
Раd прихваћен: 12.10.2020.

## **ПОСТУПАК ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ И ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ\*\***

**Апстракт:** Предмет пажње аутора јесу решења српског законодавца посвећена решавању претходног питања које се може јавити у поступку за расправљање заоставштине. Истраживање је спроведено са циљем да се пронађу аргументовани одговори на питања: Када постоји спор о примени права, а када спор о чињеницама који се тиче права наслеђа? Како треба разумети правни стандард „право које је мање вероватно“? Која то обележја оставинског поступка спречавају да настали спор буде решен подједнако квалитетно као у парничном или управном поступку? Зашто се решавање спора о чињеницама које су од утицаја на право наслеђа препушта другом суду или управном органу, када је орган који расправља заоставштину претходно решио врло комплексна питања? Да ли постоји бојазан да ће судија, односно јавни бележник који расправља заоставштину у конкретном случају бити довољно компетентан да реши настали спор, када се има у виду његова стручна оспособљеност, поготово јавних бележника? За потребе рада коришћени су правнодогматски, нормативноправни, историјскоправни и упоредноправни метод. Аутор, са циљем постизања вишег степена правне сигурности, доследнијег поштовања начела ефикасности и економичнијег утврђивања наследноправних дејстава смрти једног лица, предлаже одговарајуће измене и допуне правила о ванпарничној процедури.

**Кључне речи:** поступак за расправљање заоставштине, право наслеђа, претходно питање, спор о чињеницама, спор о примени права.

---

\* natasa@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије према уговору евиденциони број 451-03-68/2020-14/200120.

## 1. Уводне напомене

Иако се поступак за расправљање заоставштине у правној литератури често карактерише као неспорни поступак (на пример: Антић, Балиновац, 1996: 26), у суштини то није увек јер учесници овог поступка могу да се споре око питања од утицаја на утврђивање наследноправних дејстава нечијег отвореног наслеђа.

Када међу учесницима оставинског поступка постоји несагласије око постојања и садржине одређеног права или правног односа од чијег решења зависи одлука органа који расправља заоставштину, а о коме није надлежни орган одлучио, тада говоримо о претходном (прејудицијелном, инцидентом) питању (слично: Stamenković, 1990: 66; Gavella, Belaj, 2008: 482). То претходно питање, према свом правном карактеру, увек је правно питање и представља самосталну правну целину, која, притом, може да буде главни предмет одлучивања у неком другом правном поступку (Крећ, Рајић, 1964: 715; Петрушић, 2016: 341–342; Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 116).

Српски законодавац, свестан чињенице да неспорност оставинског поступка неће бити увек правило у пракси, и да постоји потенцијална опасност од неког претходног питања, креирао је више правила, садржаних у Закону о ванпарничном поступку,<sup>1</sup> којима се уређује поступање органа надлежног за расправљање заоставштине у случају спора насталог међу учесницима тог поступка због различитог гледања на неко претходно питање. Један број тих правила тиче се уопште ванпарничног поступка као метода правне заштите (тзв. општа правила), док се друга правила односе искључиво на поступак за расправљање заоставштине или неке друге ванпарничне поступке (тзв. посебна правила).<sup>2</sup>

У општим одредбама домаћег Закона о ванпарничном поступку јасно је прописано да решавање претходног питања може бити у надлежности ванпарничног суда који одлучује у конкретном случају, уколико овим или другим законом није другачије одређено.<sup>3</sup> Међутим, када се у

1 Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 25. 1982, 48. 1988; *Службени гласник РС*. Бр. 46. 1995 – други закон, 18. 2005 – други закон, 85. 2012, 45. 2013 – други закон, 55. 2014, 6. 2015 и 106. 2015 – други закон.

2 Посебна правила у вези прекида оставинског поступка и упућивања на други поступак ради решавања спорног питања везују се не само за оставински поступак (чл. 119–121 ЗВП), већ и за поступак уређења управљања и коришћења заједничке ствари (чл. 145–146 ЗВП), поступак за деобу заједничке ствари или имовине (чл. 150 ЗВП) и поступак судског депозита (чл. 219 ЗВП). О томе опширније видети код: Stamenković, 1990: 65–66.

3 Видети: чл. 22, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

току ванпарничног поступка међу његовим учесницима појави спор о појединим чињеницама од значаја за одређено право, тада тај исти суд мора да упути учеснике поступка на парнични или управни поступак како би се решио настали спор.<sup>4</sup> Дакле, актуелни Закон о ванпарничној процедури, угледајући се на решење садржано у савезном Закону о наслеђивању,<sup>5</sup> одступа од правила из Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије,<sup>6</sup> које је омогућавало суду који поступа у конкретном случају да, „према приликама“, спор о чињеницама сам реши или упути странке на парницу.<sup>7</sup>

У посебним одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије којима се уређује поступак за расправљање заоставштине, наведене су, примера ради, спорне чињенице од којих зависи овлашћење које има утемељење у наследноправним прописима, а због чега надлежни орган мора прекинути овај поступак и упутити његове учеснике на парнични или управни поступак да тамо реше настали спор. Ради се о спорним чињеницама од којих зависи право наслеђа, а нарочито о чињеницама које се тичу пуноважности или садржине завештања; односу оставиоца и наследника на основу кога се он, по правилима редовног законског наслеђивања, позива на наслеђе; величини наследног дела и, у вези са тим, урачунавања у наследни део; о основаности искључења из наслеђа или основаности разлога за недостојност; о томе да ли се неки од наследника одрекао наслеђа и сл.<sup>8 9</sup>

Српски законодавац, нормирањем оставинског поступка, одступа од општег правног режима решавања претходног питања, прописивањем да спор о примени права решава сам орган који расправља заоставштину, без могућности да га препусти другом органу на решавање (више код: Петрушић, 2016: 346–347).

---

4 О општем режиму решавања претходног питања у ванпарничном поступку видети детаљно код: Petrušić, 2001: 211–219.

5 Видети: чл. 221 Закона о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије. *Службени лист ФНРЈ*, Бр. 20. 1955; *Службени лист СФРЈ*, Бр. 19. 1965 и 42. 1965.

6 Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије. *Службене новине*. Бр. 178 – XLVII – од 24. јула 1934. године.

7 Видети: чл. 10, ст. 2 Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије.

8 Видети: чл. 119 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

9 С правом је примећено у правној литератури да овако срочена формулација није најсрећније решење из разлога што нека питања, по редовном току ствари, не могу да се подведу под окриље спора о чињеницама, попут пуноважности завештања. Видети: Петрушић, 2016: 344, нап. бр. 8.

Осим спора о примени права и спора о чињеницама од којих зависи право наслеђа, домаћи Закон о ванпарничном поступку додатно нормира спор о праву на испоруку (легат) или о другом праву.<sup>10</sup> И у овом случају се учесници оставинског поступка упућују на парнични или управни поступак да реше настали спор, само није, због недоречености и непрецизности српског законодавца, јасно да ли се ту има у виду спор о чињеницама или и спор о примени права (опширније код: Стојановић, 2011: 425).

До прекида поступка за расправљање заоставштине, према одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, такође долази и када међу учесницима овог поступка настане спор о чињеницама или о примени права у погледу састава заоставштине оставиоца или захтева потомака оставиоца који су са њим живели да им се из заоставштине издвоји део који одговара њиховом доприносу у повећању вредности заоставштине.<sup>11</sup>

Актуелни Закон о ванпарничној процедури уређује само прекид оставинског поступка када се претходно правно питање може решити једино у парничном или управном поступку. У овом законском тексту, дакле, нема ни помена о томе како треба да поступи надлежни орган који расправља заоставштину у конкретном случају, када се, као претходно, јави питање кривичноправног карактера (примера ради, од стране потенцијалног наследника извршено убиство оставиоца).<sup>12</sup> Овде има места за аналогну примену одговарајућих правила, садржаних у Закону о парничном поступку Републике Србије,<sup>13</sup> која практично дају одрешене руке органу надлежном за вођење оставинског поступка да, према околностима конкретног случаја, одлучи да ли ће сам решити то питање или прекинути поступак и упутити његове учеснике на кривични поступак (тако и: Познић, 1955: 263; Петрушић, 2001: 215–218; супротно: Salma, 1995: 160).

Предмет наше анализе јесу правила о претходном питању која се односе на поступак за расправљање заоставштине са циљем да се испита њихова вредност и практична применљивост, као и колико су она у служби правне

---

10 Видети: чл. 120 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

11 Видети: чл. 121 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

12 Наравно, прекид оставинског поступка у овом случају могућ је само ако то претходно питање кривичноправног карактера није већ решено. Тада, по слову закона, постоји везаност оставинског суда правноснажном одлуком кривичног суда. Видети: чл. 13 Закона о парничном поступку Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2011, 49. 2013 – одлука УС, 74. 2013 – одлука УС, 55. 2014, 87. 2018 и 18. 2020.

13 Видети: чл. 12 и чл. 223, ст. 1, тач. 1 Закона о парничном поступку, у вези са чл. 30, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

сигурности, ефикасног и економичног утврђивања наследноправних дејстава нечије смрти.

## **2. Када постоји спор о чињеницама а када спор о примени права који се тиче права наслеђа?**

Према слову домаћег Закона о ванпарничном поступку, уколико се међу учесницима оставинског поступка појави спор о примени права, тада о томе одлучује сам орган који расправља заоставштину. Ако међу учесницима овог ванпарничног поступка настане спор о чињеницама, онда се таква врста спора препушта другом надлежном органу – парничном суду или органу управе.<sup>14</sup>

Закон о ванпарничној процедури Републике Србије не дефинише када постоји спор о примени права, а када спор о чињеницама од чијег расветљавања зависи право наслеђа одређеног наследника.

Готово је опште усвојено у теорији (Познић, 1955: 260; Крећ, Рајић, 1964: 717; Vizner, 1967: 462; Антић, Балиновац, 1996: 51; Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 527) да спор о примени права подразумева несагласност међу учесницима оставинског поступка о смислу и садржини правила обухваћених одредбама Закона о наслеђивању<sup>15</sup> или другим правним прописима релевантним за дати случај расправљања заоставштине.<sup>16</sup> Осим тога, спор о примени права тиче се и несагласја о томе која правна норма треба да буде примењена у конкретном случају расправљања заоставштине на утврђене неспорне чињенице (тзв. спор о супсумцији). Дакле, код спора о примени права несагласност се везује за горњу премису судског силогизма.

Под окриље примене права, те и могућег спора између учесника оставинског поступка, спада употреба и правних стандарда, чију садржину

---

14 Видети: чл. 119, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

15 Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46. 1995, 101. 2003 – одлука УС РС и 6. 2015.

16 Тако: „Када се током оставинског поступка утврди да је оставилац за живота сачинио писмени тестамент пред сведоцима, према којем је своје непокретне ствари оставио лицу ван реда законског наслеђивања, али да овако сачињени тестамент очигледно не испуњава форму прописану чл. 64, ст. 1 Закона о наслеђивању, јер тестатор није био писмен, па је на тестаменту уместо потписа ставио отисак кажипрста, онда у овом случају не постоји спор о чињеницама, већ спор о примени права, због чега је суд овлашћен да у смислу чл. 208, ст. 3 Закона о наслеђивању ово правно питање расправи у оставинском поступку.” Одлука Општинског суда у Тополи, О. бр. 116/76. Наведено према: Ристић, Ристић, 155.

одређује орган који расправља заоставштину, на основу околности конкретног случаја, иако се ради увек о истом појму.<sup>17</sup> Закон о наслеђивању Републике Србије употребљава више оваквих инструмената правне технике попут, примера ради: „предмети домаћинства мање вредности који служе за задовољавање свакодневних потреба“,<sup>18</sup> „теже огрешење о законску обавезу издржавања“,<sup>19</sup> „трајни престанак заједнице живота са оставиоцем“,<sup>20</sup> „недостатак нужних средстава за живот“,<sup>21</sup> „имовинско стање“, „способност за привређивање наследника“, „дужина трајања заједнице живота“,<sup>22</sup> „западање у оскудицу“,<sup>23</sup> „изузетне прилике“,<sup>24</sup> „права намера завештаоца“,<sup>25</sup> „несавесно лице“,<sup>26</sup> „груба неблагодарност“,<sup>27</sup> „неподношљиви односи између уговорних страна“,<sup>28</sup> „знатно отежано испуњење уговорених обавеза“ и сл.<sup>29 30</sup>

Спорочињеницама постоји када међу учесницима поступка за расправљање заоставштине постоји несагласје о постојању или непостојању одређене чињенице из стварног живота, те отуда и „различито поимење једног или више животних догађаја“ (Антић, Балиновац, 1996: 51). Дакле, код спора о чињеницама несагласност се везује за доњу премису судског силогизма (тако и: Познић, 1955: 260; Крећ, Рајић, 1964: 717–718; Vizner, 1967: 462; Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 514).

Узимајући за полазну основу теоријско разграничење спора о примени права и спора о правно релевантним чињеницама од значаја за право наслеђа могу се извести одређени закључци.

17 О правним стандардима као средствима правне технике, видети детаљно код: Лукић, 1963: 182.

18 Видети: чл. 1, ст. 3 Закона о наслеђивању Републике Србије.

19 Видети: чл. 4, ст. 1, тач. 4 Закона о наслеђивању Републике Србије.

20 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 3 Закона о наслеђивању Републике Србије.

21 Видети: чл. 23, ст. 1 и чл. 31, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

22 Видети: чл. 23, ст. 3 и чл. 32 Закона о наслеђивању Републике Србије.

23 Видети: чл. 23, ст. 2 и чл. 31, ст. 4 Закона о наслеђивању Републике Србије.

24 Видети: чл. 110, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

25 Видети: 135, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

26 Видети: чл. 169, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Србије.

27 Видети: чл. 192, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

28 Видети: чл. 201, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

29 Видети: 202, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

30 О правним стандардима у сфери наслеђивања као могућем извору спора о примени права, видети више код: Познић, 1955: 262; Крећ, Рајић, 1964: 717–718; Антић, Балиновац, 1996: 51.



Када је реч о предметима домаћинства, међу учесницима поступка за расправљање заоставштине може бити спорно да ли су одређени, потенцијални корисници ове привилегије живели у заједничком домаћинству са оставиоцем или је спорна вредност ових добара (наравно, ако већ није тражен попис и процена заоставштине) или је спорно да ли су одређени предмети домаћинства служили задовољавању свакодневних потреба. Тада постоји спор о чињеницама. Међутим, ако међу тим истим учесницима оставинског поступка нема сагласја о томе да ли се одређена имовинска добра могу сматрати предметима домаћинства мање вредности или, да ли се одређене ствари могу сматрати предметима домаћинства који служе за задовољавање свакодневних потреба, онда је посредни спор о примени права (тако и: Zuglia, 1956: 70; Vizner, 1967: 461; Антић, Балиновац, 1996: 51).

У вези недостојности за наслеђивање, спор о чињеницама постоји уколико међу учесницима поступка за расправљање заоставштине нема сагласја о томе да ли је наследник давао средства за издржавање оставиоцу за његовог живота. Спор о примени права, међутим, постоји када се они не слажу око тога да ли се недавање издржавања може подвести под теже огрешење о законску обавезу издржавања.<sup>31</sup>

У сфери законског наслеђивања, спор о чињеницама, рецимо, постоји када међу учесницима оставинског поступка нема сагласности о томе да ли је одређено лице ванбрачни сродник оставиоца (тако и: Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 519), док спор о примени права постоји када син оставиоца захтева већи део наслеђа у односу на оставиочеву кћи, позивајући се на то да је он његов мушки потомак. Затим, спор о чињеницама постоји када учесници поступка за расправљање заоставштине не могу да се сложе да ли је уопште заједница живота између оставиоца и његовог супружника престала, а спор о примени права, да ли је та иста заједница трајно престала. Такође, уколико је међу учесницима оставинског поступка спорно да ли супружник оставиоца има средства за издржавање или колико та средства износе, онда је у питању спор о чињеницама. Ако се, међутим, ови исти субјекти споре око тога да ли супружник има нужних средстава за живот или не, или пак да ли би поделом заоставштине запао у оскудицу, онда је посредни спор о примени права (тако и: Познић, 1955: 262-263; Zuglia, 1956: 71; Благојевић, Антић, 1991: 419). Када међу санаследницима постоји спор да ли је неко од њих уопште примио поклон

---

31 У правој литератури има залагања да, независно од врсте спора, у вези недостојности за наслеђивање, о њима треба увек да одлучује орган који расправља заоставштину, полазећи од тога да о разлозима недостојности суд води рачуна по службеној дужности. Видети: Zuglia, 1956: 72.

или у каквом је стању била дарована ствар у време чињења поклона, онда постоји спор о чињеницама. Међутим, ако међу учесницима овог поступка нема сагласја да ли се одређено оставиочево давање сматра поклоном или да ли се одређено доброчином давање може подвести под уобичајене поклоне, мање вредности, онда је у питању спор о примени права (тако и: Zuglia, 1956: 72; Vizner, 1967: 461; Стојановић, 2011: 339; Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 524).

У домену нужног наслеђивања, спор о чињеницама, на пример, постоји када међу учесницима оставинског поступка нема сагласности о редоследу учињених поклона којима се вређа нужни део нужних наследника (тако и: Благојевић, Антић, 1991: 419). Спор о примени права, међутим, постоји када се учесници овог поступка не слажу око тога да ли трошкови школовања улазе у обрачунску вредност заоставштине. Такође, ако је међу учесницима поступка за расправљање заоставштине спорно како је нужни наследник, искључен из наслеђа, водио живот, онда је посреди спор о чињеницама. Међутим, уколико учесници овог поступка не могу да постигну сагласност око тога да ли се такав начин вођења живота сматра непоштеним, онда је у питању спор о примени права.

У сфери завештајног наслеђивања, спор о чињеницама, рецимо, постоји, уколико се учесници оставинског поступка не слажу око садржине несталог завештања. Спор о примени права, међутим, постоји, а тиче се садржине завештања, када међу учесницима овог поступка нема сагласности да ли је једно лице одређено за наследника или испорукопримца (тако и: Познић, 1955: 261). Затим, спор о чињеницама постоји када учесници поступка за расправљање заоставштине не могу да се сагласе да ли су уопште постојале изузетне прилике за састављање усменог завештања или да ли је протекао рок од 30 дана од наступања изузетних прилика. Спор о примени права, међутим, постоји ако неко од учесника овог поступка оспорава карактер изузетности приликама у којима је сачињено усмено завештање (тако и: Познић, 1955: 262; Vizner, 1967: 460). Уколико међу учесницима оставинског поступка постоји спор о томе да ли је завештање истинито или не, онда је у питању спор о чињеницама. Међутим, ако неко од учесника овог поступка тврди да завештање има недостатака у форми, а други да је пуноважно, онда постоји спор о примени права (тако и: Познић, 1955: 262; Vizner, 1967: 460). У ситуацији када је међу учесницима оставинског поступка настао спор око значења речи и израза, употребљених у завештању, о томе, како је посреди спор о примени права, одлучује орган надлежан за расправљање заоставштине, узимајући у обзир општа и посебна правила тумачења завештања. Међутим, ако се учесници овог поступка споре око околности на темељу којих се може закључити о правој намери завештаоца, а чије се

постојање може утврдити путем одговарајућих доказних средстава, онда је посреди спор о чињеницама (тако и: Познић, 1955: 261; Крећ, Павић, 1964: 270).<sup>32</sup> Уколико, међу учесницима поступка за расправљање заоставштине постоји спор око тога да ли је услов недозвољен или неморалан, о томе, по правилу, одлучује орган надлежан за расправљање заоставштине, будући да је посреди спор о примени права.<sup>33</sup> Ако су пак спорне чињенице у вези тога да ли је одређени услов немогућ, неразумљив или противречан, о томе се одлучује у парничном поступку<sup>34</sup> (тако и: Антић, Балиновац, 1996: 380).

У вези давања наследничке изјаве, спор о о чињеницама, рецимо, постоји када међу учесницима оставинског поступка нема сагласности да ли је неко од њих дао наследничку изјаву у заблуди, или да ли је неко од наследника располагао наслеђеним добрима и тиме манифестовао своју вољу о пријему наслеђа. Међутим, спор о примени права постоји када се учесници овог поступка не могу сагласити око правних последица одрицања од наслеђа једног од наследника и у име својих потомака, или око питања да ли се одређена активност наследника може сматрати актом располагања (тако и: Познић, 1955: 262; Vizner, 1967: 462; Благојевић, Антић, 1991: 419).

Већи број анализираних случајева спора о примени права и спора о чињеницама, који су од значаја за наследноправно овлашћење, недвосмислено показује тесну повезаност ових двеју целина, што отвара питање њиховог разграничења. Међутим, то није увек лако, због непостојања поузданих критеријума (Rakić-Vodinec, 1990: 22). Штавише, успешно решавање спора о примени права често подразумева осветљавање одређених чињеница, а опет, успех у решавању спора о чињеницама у директној је вези са спором о смислу или садржини одређене одредбе у законском тексту или пак о томе која ће правна норма бити примењена у конкретном случају. Отуда, као логично се намеће питање зашто је решавање спора о чињеницама и спора о примени права, начелно, раздељено и препуштено на решавање различитим органима?

---

32 Аутори Антић и Балиновац сматрају да су сва спорна питања у вези тумачења завештања правна питања, што, како смо видели, не одговара реалном стању ствари. Видети: Антић, Балиновац, 1996: 51.

33 Одступање је прописано у случајевима нормираним у чл. 121 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

34 Други аутори, на ову тему, износе мишљење да независно од тога да ли треба да се испита да ли је услов дозвољен, моралан, могућ, разумљив или непротивречан, о томе треба увек да одлучи орган који расправља заоставштину. Видети: Zuglia, 1956: 69; Марковић, 1981: 438.

### 3. Учесник оставинског поступка који се упућује на парнични или управни поступак у својству тужиоца

Како је већ речено, када међу учесницима поступка за расправљање заоставштине настане спор око одређеног правног питања, на органу овлашћеном за расправљање заоставштине је задатак да „открије“ да ли је посреди спор о чињеницама или спор о примени права. Уколико надлежни орган дође до закључка да се учесници оставинског поступка споре о (не) постојању одређених чињеница, онда њега чека још један, чини се подједнако комплексан задатак, да сазна чије је право мање вероватно, како би се исти учесник, у својству тужиоца, упутио да спорно питање реши у одговарајућем поступку и докаже своје тврдње.

Српски законодавац, употребом правног стандарда „право које је мање вероватно“, омогућава органу надлежном за расправљање заоставштине да оцени „без доказног поступка“ (Познић, 1955: 264) чијим ће тврдњама и доказима, у погледу постојања или непостојања одређене спорне чињенице, поклонити више вере у погледу додељивања улоге тужиоца као процесно теже улоге. Притом, у тексту домаћег Закона о ванпарничној процедури, нема додатних мерила која би олакшала утврђивање „до степена вероватноће, не и уверења“ (Антић, Балиновац, 1996: 51), који учесник оставинског поступка је „јачи“, а ко „слабији“ у праву.

Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије је у погледу одређивања улоге тужиоца у случају спора о чињеницама од значаја за право наслеђа био прецизнији, па ако ћемо и правно креативнији, прописујући више правила релевантних за процену мање или веће вероватности права неког од учесника оставинског поступка. Као полазна тачка у нормирању ове ситуације узето је рангирање правних основа позивања на наслеђе.

Будући да је уговор о наслеђивању јачи правни основ позивања на наслеђе у односу на завештање и диспозитивне одредбе у закону, следи да ће у случају спора о чињеницама, на парницу у улози тужиоца бити упућен учесник који се позива на наслеђе на основу изјаве последње воље или на темељу закона.<sup>35</sup> Притом, битно је за уважавање овог критеријума да су код уговора о наслеђивању (а исто важи и за завештање) испоштовани захтеви форме и да његова истинитост није образложено оспорена,<sup>36</sup> тј.

35 Овај критеријум за упућивање учесника оставинског поступка на парнични поступак прихватили су судови у својој пракси и после Другог светског рата. У том правцу, рецимо, видети: одлуку Врховног суда НР Србије Гзз.15/52 и одлуку Врховног суда Хрватске ГЗЗ 37/1983. Наведено према: Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 519.

36 Тако, у случају да се искази сведока усменог завештања међусобно не подударају, на парницу треба да буде упућен завештајни наследник у улози тужиоца, а против

да се оспоравање темељи на чињеницама „којима се оправдано сумња у истинитост исправе“ (Горшић, 1935: 439).

У ситуацији да настане спор о чињеницама између учесника оставинског поступка који се позивају на наслеђе на темељу истог правног основа наслеђивања, онда се на парницу, у улози тужиоца, упућује онај учесник који ради доказивања свог права наслеђа претходно мора да обеснажи „јачи наслов свог противника“.<sup>37</sup> Међутим, уколико се истинитост уговора о наслеђивању или завештања на коме се оснива „јаче“ право наслеђа образложено оспорава, онда се, у својству тужиоца, на парницу упућује онај учесник оставинског поступка који своје наследноправно овлашћење темељи на оспореном правном основу.<sup>38 39</sup>

Евидентно је да употреба правног стандарда „право које је мање вероватно“, с једне стране, даје широку слободу органу који расправља заоставштину да у случају спора о постојању или непостојању одређене чињенице одлучи кога ће упутити на парницу као тужиоца не водећи се, притом, строгим упутствима законодавца, будући да их нема. Коришћене наведеног правно-техничког израза у пракси, с друге стране, може имати за последицу да орган надлежан за расправље заоставштине у предметима, идентичним по спорним чињеницама, поступа различито, што не иде у прилог правној сигурности, јер закон не важи једнако за све учеснике оставинског поступка, а може представљати и добру подлогу за вођење дуготрајних и скупих парница (слично и: Škarica, 1988: 42).

Како би се примена правног стандарда „право које је мање вероватно“ уједначила у пракси, посленици правне мисли су указали на постојање неколико критеријума који томе могу помоћи.

---

законског наследника. Видети: О. в. с. од 5. априла 1864. године, Гл. У. 1895. Иста процесна ситуација треба да наступи, уколико је писмени тестамент био поцепан, а потом „сложен и слепљен“. Видети: О. в. с. од 13. марта 1877. године, Гл. У. 6405. Наведено према: Горшић, 1935: 440.

37 То потврђује и предратна судска пракса која налаже законском наследнику из даљег наследног реда да претходно оспори право наслеђа наследнику ближег наследног реда. Видети: О. в. с. од 3. јануара 1899. године, Гл. У. Н. Ф. 443; Нот. Ц. 1899. године. Бр. 33. Наведено према: Горшић, 1935: 441.

38 Видети: чл. 99, ст. 2 Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије.

39 Тако: „Ако има више супротних наследничких изјава поднесених на основу два тестаментна као и на основу закона, има се парницом прво решити питање који тестамент даје јачи наслов за наследство, а затим законски наследник треба да подигне тужбу против оног тестаментарног наследника који је победио у напред поментој парници“. Видети: О. в. с. од 14. августа 1895. године, Гл. У. 15.554. Наведено према: Горшић, 1935: 441.

Тако, поједини правни писци сматрају да се у процени тога чије је право мање вероватно треба руководити: тврдњама које су мање вероватне, понуђеним доказима који су мање убедљиви, у односу на оно што супротна страна нуди и правилима о расподели терета доказивања (Vizner, 1967: 467; Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 515). Други теоретичари на ову тему закључују да уз ове критеријуме, у процени тога чије је право мање вероватно, треба додати и одговарајуће законске претпоставке (Петрушић, 2016: 347–348). Има, такође, аутора који износе мишљење да одговор на питање чије је право мање вероватно треба, у првом реду, тражити у правним претпоставкама које су у директној вези са спорним правом, а које, редовно, таквој странци не користе у конкретном случају. Уколико закон не прописује правну претпоставку за конкретан случај, онда, као допуна том критеријуму, служи правило о терету доказивања (Радоман, 1966: 8). Други правни писци се у одговору на питање чије је право мање вероватно руководе „снагом“ понуђених доказа, законским претпоставкама и сличним, не прецизирајући шта заправо израз „слично“ подразумева (Zuglia, 1956: 65). Поједини аутори поједностављују виђење целокупне процесне ситуације, тврдњом да је мање вероватно право оног учесника оставинског поступка које је у несагласју са исправама и законским претпоставкама (Stamenković, 1990: 74).

Свако од наведених правних схватања има не само теоријску већ и практичну вредност. Невоља је, међутим, што су поједини критеријуми (попут, понуђених доказа који су мање убедљиви) постављени тако да их орган надлежан за расправљање заоставштине може широко тумачити и, самим тим, различито применити у пракси. Осим тога, јасно је да се за све спорове о чињеницама не могу пронаћи законске претпоставке које би биле оријентир у одговору на питање чије је право мање вероватно. За посебну је дискусију и то што неке законске претпоставке, попут, примера ради: „доказивање основаности искључења терети оног ко се на искључење позива“, нису у потпуном сагласју са слободом завештајних располагања,<sup>40</sup> а и самим критеријумом „чије је право мање вероватно“ (Станковић, Трговчевић Прокић, 2019: 515). А опет, будући да су, поред сличности које повезују изнета мишљења, евидентне и различитости, које и те како могу бити добра подлога за шаролику праксу у поступку за расправљање заоставштине, јасно је да је потребно у самом тексту домаћег

40 Анализирајући ову законску претпоставку која се везује за искључење из наслеђа, проистиче да то што је завешталац сачинио завештање и распоредио заоставштину на начин како је он сматрао да треба, и притом искључио неког нужног наследника из наслеђа, не значи много, јер тај исти нужни наследник може истаћи приговор неоснованог искључења из наслеђа, а онда терет доказивања лежи на оном наследнику ко се на искључење позива.

Закона о ванпарничној процедури дати смернице за разумевање правног стандарда „право које је мање вероватно“.

Чини се да би ту, као врло корисно, могло послужити већ изнето решење, садржано у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије. На крају крајева, рангирање правних основа позивања на наслеђе као одлучујућег критеријума за разумевање чије је право мање вероватно, има оправдања јер се доследно поштује воља оставиоца о распореду заоставштине, садржана у завештању, наравно, под претпоставком да су испуњени захтеви форме за сачињено завештање и да се његова аутентичност образложено не оспорава (тако и: Благојевић, Антић, 1991: 421; Антић, Балиновац, 1996: 52). Уз наведени критеријум, упоредо би требало да се узму у обзир законске претпоставке које се везују за спорни случај, ако постоје, и уколико нису у супротности са основним критеријумом<sup>41</sup>, па тек на крају применити правило о расподели терета доказивања.<sup>42</sup>

#### **4. Како би требало приступити решавању спора о чињеницама, насталом у оставинском поступку *de lege ferenda*?**

Премда је, према актуелном Закону о ванпарничној процедури Републике Србије, орган који расправља заоставштину дужан да прекине оставински поступак у случају да међу његовим учесницима настане спор о чињеницама које су од утицаја на право наслеђа и упуте их на парнични или управни поступак, не упуштајући се у решавање насталог спора, *de facto*, како је већ речено, он нема пасивну улогу по том питању. Наиме, орган у чијој је надлежности расправљање заоставштине у конкретном случају мора да уђе у средиште самог спора, како би проценио да ли се несагласије међу учесницима поступка тиче спора о примени права или спора о чињеницама и, ако је у питању ова друга врста спора, да ли је постојање или непостојање тих чињеница од значаја за право наслеђа. Када се томе дода да је у власти органа овлашћеног за расправљање заоставштине да процени чије је право мање вероватно, како би том учеснику доделио улогу тужиоца у предстојећем парничном или управном поступку, намећу се, као логична,

---

41 На пример: Закон о наслеђивању Републике Србије претпоставља да су сва лица са навршених 15 година живота способна за расуђивање, те самим тим имају завештајну способност (чл. 79), или, ако је оставилац био формално у браку у време отварања наслеђа, претпоставља се да је између супружника постојала заједница живота (на основу чл. 22, ст. 1, тач. 3). Ко тврди супротно то мора доказати.

42 Примера ради, неспособност или недостојност за наслеђивање се не претпостављају, већ се разлози за примену ових установа морају доказати. Слично видети код: Марковић, 1981: 439–440.

одређена питања. Која то обележја оставинског поступка спречавају да настали спор буде решен подједнако квалитетно као у парничном или управном поступку? Зашто се решавање спора о чињеницама које су од утицаја на право наслеђа препушта другом суду или управном органу, када је орган који расправља заоставштину претходно решио врло комплексна питања? Да ли постоји бојазан да ће судија, односно јавни бележник који расправља заоставштину у конкретном случају бити довољно способан да реши настали спор, када се има у виду његова стручна оспособљеност, поготово јавних бележника?

Ако пођемо од тога да је у поступку за расправљање заоставштине знатно наглашеније истражно начело<sup>43</sup> у односу на расправно начело, а да је сужена примена начела диспозиције (Цуља, 1938: 593; Rakić-Vodine- lić, 1990: 22; Crnić: 2003, 186), да у њему подједнаку примену имају начело писмености и начело усмености (Станковић, Трговчевић Прокић, 2018: 39–40), да јавност, приликом расправљања заоставштине, није искључена,<sup>44</sup> да се примењује начело непосредности<sup>45</sup> и поред доминације начела посредности (Станковић, Трговчевић Прокић, 2018: 39–40), неминовно се намеће одговор да орган надлежан за расправљање заоставштине ништа квалитетније, а верујемо и ефикасније, неће решити спор о чињеницама у вези права наслеђа. Ово нарочито када је међу учесницима оставинског поступка спорна само једна чињеница од значаја за право наслеђа или међу учесницима овог поступка постоји спор о примени права, а тиче се састава заоставштине.<sup>46 47</sup> Подразумева се, наравно, да расправно начело

43 О домашају истражног начела у оставинском поступку, видети, на пример, код: Crnić, *et alia*, 2003: 186.

44 Полазећи од садржине чл. 9 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.

45 За разлику, рецимо, од савезног Закона о наслеђивању, који је у чл. 177 прецизирао да се одлука оставинског суда темељи не само на доказима које су странке предложиле и суд који расправља заоставштину прибавио, већ и на доказима који су изведени пред другим надлежним органом, важећи ЗВП нема такво правило. Иначе, слично решење садржано је у чл. 181 Закона о наслеђивању Републике Хрватске (*Narodne novine*, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 i 14/2019). Интегрални текст овог Закона може се наћи на интернет адреси: <https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>. Приступ остварен 28. маја 2020. године.

46 Примери преузети од: Петрушић, 2016: 352.

47 Треба имати у виду да је хрватски законодавац, у погледу спора о примени права који се тиче састава заоставштине, његово решавање препустио органу надлежном за расправљање заоставштине. Видети: чл. 223, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Хрватске.



мора доћи више до изражаја у оставинском поступку,<sup>48</sup> али и да се учине други помаци у правцу приближавања овог ванпарничног поступка парничној процедури, како би се потпуно, ефикасно и економично утврдила наследноправна дејства смрти једног лица у току самог поступка за расправљање заоставштине (у том правцу и: Maganić, 2015: 166).

У вези другог постављеног питања, у правној литератури срећемо мишљење да код спора о чињеницама начело утврђивања истине не може доћи до пуног изражаја у ванпарничном поступку, какав је оставински поступак, већ да томе једино може да послужи парнични поступак као процесни метод заштите (Познић, 1955: 259–260; Антић, Балиновац, 1996: 50). Нисмо убеђени да се споменуто начело једино и у потпуности може остварити у парничном поступку, узимајући у обзир већ споменуто истражно начело, које подразумева да иницијатива за прикупљање процесног материјала припада органу овлашћеном за расправљање заоставштине, па самим тим и утврђивање истинитости чињеница релевантних за право наслеђа. У прилог нашој тврдњи свакако иде и додатни аргумент: прекид оставинског поступка због спора о чињеницама и упућивање странака на парницу редовно подразумева „временско развлачење“ поступка за расправљање заоставштине, чиме се директно долази у сукоб са начелом ефикасности у утврђивању наследноправних дејстава нечије смрти (тако и: Петрушић, 2016: 352). И не мање битно, прекид оставинског поступка подразумева ангажовање других органа у осветљавању спорних питања, што повећава трошкове утврђивања наследноправних дејстава смрти једног лица.

Питање стручне оспособљености судија ванпарничара, а од недавно и јавних бележника, да реше спор о чињеницама у вези права наслеђа, мислимо да уопште не треба да се поставља, будући да је реч о правницима практичарима који немају ништа мање образовања, а претпостављамо ни праксе од судија парничара. Ово утолико више што већину оставинских поступака на територији Републике Србије воде јавни бележници који су у погледу стручне оспособљености прошли „више провера“<sup>49</sup> од било ког судије парничара надлежног да реши спор о чињеницама. Притом, никако

---

48 Расправно начело има одговарајући значај у поступку за расправљање заоставштине што потврђује и судска пракса: „Иако се оставински поступак води по службеној дужности, суд утврђује заоставштину на основу доказа које суду прилажу наследни учесници, при чему се не дира у права наследних учесника да своја права остваре у посебном поступку, у смислу одредбе члана 26. Закона о ванпарничном поступку“. Решење Вишег суда у Београду Гж. бр. 384/12 од 23. октобра 2013. године. Наведено према: Станковић, Трговчевић Прокић, 2018: 40.

49 Услови за именовање јавног бележника ближе су уређени чл. 25 Закона о јавном бележничтву Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 31. 2011, 85. 2012, 19. 2013, 55. 2014 – други закон, 93. 2014 – други закон, 121. 2014, 6. 2015 и 106. 2015.

не смео сметнути са ума да директно у прилог начелу ефикасности, па самим тим и суђењу у разумном року, иде чињеница да је орган који расправља заоставштину већ добро упознат са проблематиком једног отвореног наслеђа, његовим чињеничним и правним комплексом, док судија парничар тек треба да се упознаје са тим.

У прилог нашем залагању да се органу надлежном за расправљање заоставштине препусти одлучивање у случају спора о чињеницама релевантним за право наслеђа, свакако иде и актуелна законодавна пракса у појединим европским државама. Наиме, према важећем аустријском Закону о ванпарничном поступку,<sup>50</sup> у оставинском поступку решавају се сва спорна питања међу учесницима поступка која се тичу права наслеђа.<sup>51</sup> Изузетно од овог правила, оставински поступак може бити прекинут уколико је претходно питање предмет другог, раније покренутог поступка, и то само под условом да прекид не доводи до непотребног одуговлачења.<sup>52</sup> Слично решење прихвата и немачки законодавац у Закону о поступку у породичним стварима и стварима добровољне надлежности.<sup>53</sup>

## 5. Закључна разматрања

Анализа могућих претходних питања у поступку за расправљање заоставштине показује да двојни колосек у њиховом решавању није најприхватљивије решење са аспекта правне сигурности, ефикасности и економичнијег утврђивања дејстава једног отвореног наслеђа.

У прилог препуштању органу који расправља заоставштину да сам решава претходно питање иду: честа испреплетеност спора о чињеницама и спора о примени права; непостојање поузданих критеријума за њихово разграничење и доминација истражног начела у односу на расправно начело. Упућивање учесника оставинског поступка на парнични или управни поступак не треба да буде редовна појава, већ изузетак, ограничен

---

50 *Außerstreitgesetz* из 2003. године, BGBl I Nr. 111/2003, закључно са изменама и допунама од 22. маја 2019. године, BGBl. I Nr. 38/2019). Доступан на: [https://www.jusline.at/Ausserstreitgesetz\\_\(AussStrG\).html](https://www.jusline.at/Ausserstreitgesetz_(AussStrG).html). Приступ остварен 25. априла 2020. године.

51 Видети: пар. 161 *Außerstreitgesetz*.

52 Видети: пар. 25, ст. 2, тач. 1 *Außerstreitgesetz*.

53 Видети: пар. 21 Закона о поступку у породичним стварима и стварима добровољне надлежности Републике Немачке (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* из 2008. године, BGBl. I S. 2586, 2587, закључно са изменама и допунама од 12. децембра 2019. године, BGBl. I S. 2633). Доступан на: <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg>. Приступ остварен 30. јануара 2020. године.

само на три случаја: када је претходно питање већ узето у разматрање у другом поступку, у ситуацији да се учесници овог поступка споре око састава заоставштине и када међу њима постоји спор у вези доприноса неког од потомака умрлог у повећању вредности његове заоставштине. С разлогом, јер ова спорна питања имају осим наследноправне и ширу имовинскоправну димензију.

Чак и да се оваква коренита промена не унесе у текст домаћег Закона о ванпарничном поступку, потребно је ближе прецизирати у овом законском тексту чије је право мање основано када дође до спора о чињеницама. За то постоји, чини се, добра основа, садржана у Закону о ванпарничној процедури Краљевине Југославије. На тај начин спречило би се да се правни стандард „право које је мање вероватно“ различито тумачи и примењује у пракси.

### Литература/References

Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос Београд.

Благојевић, Б, Антић, О. (1991). *Наследно право*. Београд: Номос.

Vizner, B. (1967). *Građansko pravo, knjiga druga, Nasljedno pravo*. Osijek: Naklada pisca.

Gavella, N. Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Горшић, Ф. (1935). *Коментар ванпарничног поступка, са Уводним законом*. Београд: Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон А. Д.

Zuglia, S. (1956). *Vanparnični postupak u ostavinskim, porodičnim, zemljišno-knjižnim, eksproprijacionim, amortizacionim i drugim stvarima*. Zagreb: Školska knjiga.

Лукић, Р. (1963). *Увод у право*. Београд: Савез удружења правника Југославије.

Maganić, A. (2015). *Novi pravci reforme izvanparničnog prava u Republici Hrvatskoj. Zbornik „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća”*, Split: Pravni fakultet. 147–172.

Marković, S. (1981). *Nasledno pravo*. Београд: Službeni list SFRJ.

Petrušić, N. (2001). *Opšti režim rešavanja prethodnog pitanja u vanparničnom postupku. Pravni život. Tematski broj „Pravo i ljudske vrednosti”*. Tom III. Br. 12. Београд: Savez udruženja правника Србије. 211–220.

Петрушић, Н. (2016). Режим решавања претходних питања у оставинском поступку у контексту начела ефикасности; у: Стојановић, Н. Крстић, Н. (ур.). *Зборник радова „Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије“*. Ниш: Правни факултет. 341–358.

Познић, Б. (1955). Расправљање заоставштине. *Анали Правног факултета у Београду*. Бр. 3. 257–266.

Радоман, П. Д. (1966). Критеријум упућивања на парницу поводом оставинске расправе. *Гласник Адвокатске коморе у А. П. Војводине*. Бр. 6. 4–8.

Rakić-Vodinelić, V. (1990). (Ne)potrebnost vanparničnog postupka. *Pravni život*. Бр. 1. 15–27.

Ристић, В. Ристић, М. (1994). *Приручник за практичну примену Закона о ванпарничном поступку, са коментаром, судском праксом и обрасцима*, Београд: Савремена администрација.

Salma, M. (1995). *Prethodno pitanje u građanskom sudskom postupku*. Novi Sad: Pravo.

Stamenković, D. (1990). Prekid Vanparničnog postupka i упућивање на парницу. *Pravni život*. Бр. 1. 65–81.

Станковић, Г. Трговчевић Прокић, М. (2018). *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*. Београд: Службени гласник.

Станковић, Г. Трговчевић Прокић, М. (2019). *Коментар Закона о ванпарничном поступку*. Београд: Службени гласник.

Стојановић, Н. (2010). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.

Crnić, J. Dika, M. Hrvatin, B. Jelčić, O. Josipović, T. Matko Ruždjak, J. Koharić, Z. (2003). *Novo nasljednopravno uređenje*. Zagreb: Narodne novine.

Цуља, С. (1938). *Грађанско процесно право Краљевине Југославије, Ванпарнични поступци*. Београд: Геца Кон.

Škarica, N. (1988). О problemu упућивања на парницу странке у оставинском поступку које право суд сматра мање вјероватним. *Odvjetnik*. Бр. 3–4. 38–43.

#### Правни извори

Закон о ванпарничном поступку Републике Аустрије (Außerstreitgesetz из 2003. године, BGBl I Nr.111/2003, закључно са изменама и допунама од 22. маја 2019. године, BGBl. I Nr. 38/2019). Доступан на: [https://www.jusline.at/Ausserstreitgesetz\\_\(AussStrG\).html](https://www.jusline.at/Ausserstreitgesetz_(AussStrG).html). Приступ остварен 25. априла 2020. године.

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 25. 1982, 48. 1988; *Службени гласник РС*. Бр. 46. 1995 – други закон, 18. 2005 – други закон, 85. 2012, 45. 2013 – други закон, 55. 2014, 6. 2015 и 106. 2015 – други закон.

Закон о јавном бележништву Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 31. 2011, 85. 2012, 19. 2013, 55. 2014 – други закон, 93. 2014 – други закон, 121. 2014, 6. 2015 и 106. 2015.

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46. 1995, 101. 2003 – одлука УСРС и 6. 2015.

Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 20. 1955; *Службени лист СФРЈ*. Бр. 19. 1965 и 42. 1965.

Закон о наслеђивању Републике Хрватске. *Narodne novine*. Вр. 48. 2003, 163. 2003, 35. 2005, 127. 2013, 33. 2015 и 14. 2019). Доступан на: <https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>. Приступ остварен 28. маја 2020. године.

Закон о парничном поступку Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2011, 49. 2013 – одлука УС, 74. 2013 – одлука УС, 55. 2014, 87. 2018 и 18. 2020.

Закон о поступку у породичним стварима и стварима добровољне надлежности Републике Немачке (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* из 2008. године, *BGBI. I S. 2586, 2587*, закључно са изменама и допунама од 12. децембра 2019. године, *BGBI. I S. 2633*). Доступан на: <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg>. Приступ остварен 30. јануара 2020. године.

Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије. *Службене новине*. Бр. 178 – XLVII, од 24. јула 1934. године.

**Nataša Stojanović, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **PROBATE PROCEEDINGS AND A PREVIOUS ISSUE**

### **Summary**

*In this paper, the author focuses on the legal solutions in Serbian succession law pertaining to a previous issue that may arise in the course of probate proceedings. The research has been conducted with the aim of providing reasoned answers to the following questions: When is there a dispute on the application of law, and when is there a dispute on facts (factual issues significantly affecting the right to inherit)? How should the legal standard of “the less probable right” be understood? What are the characteristics of probate proceedings that prevent the dispute resolution of the same quality as in civil (litigation) or administrative proceedings? Why is the dispute resolution on decisive facts assigned to another (civil) court or administrative body if the authority in charge of conducting the probate proceedings has resolved very complex previous issues beforehand? Will the civil court judge or the notary public conducting the probate proceedings be competent enough to resolve the dispute in a specific case, bearing in mind their professional qualification and authorities, particularly those of notaries public. The analysis in this paper is based on the dogmatic (legal science) method, legal history method, normative law method, and comparative law method. For the purpose of attaining a higher level of legal certainty and a more consistent observance of the principles of procedural economy and efficiency in establishing the succession law effects of one’s death, the author proposes adequate changes and amendments to the non-litigious procedure rules.*

**Keywords:** probate proceedings, right to inherit, previous issues, dispute on facts, dispute on the application of law.

**Marko Dimitrijević\*, LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28256

UDK: 336.27:347.73  
336.69

Рад примљен: 03.09.2020.  
Рад прихваћен: 17.10.2020.

## **STATE IMMUNITY FOR ECONOMIC ACTIVITIES: EXAMPLE OF AN ODIIOUS PUBLIC DEBT\*\***

**Abstract:** *The subject matter of analysis in this paper are the essential features of an odious public debt (loan) in contemporary monetary law. In this context, the first part of the paper focuses on the concept and basic functions of the public debt in the theory and practice of monetary management, where the author discusses the basic principles of public borrowing that ensure timely servicing of overdue monetary obligations and support fiscal responsibility and credibility of public loan subscribers. The second part of the paper deals with the concept of an odious public debt emission and its correlation with the state immunity for undertaking economic activities, which are indisputable in the field of fiscal and financial sovereignty but it raises the issue of responsibility of the public monetary agents (central banks and public debt management agencies) for the harm they may cause to others in their work. In particular, the analysis focuses on the need for a more extensive use of the doctrine of odious public debt as a means of protecting the creditors from subscribing to the so-called "odious" bonds of dictatorial state regimes. The author also points to the need for establishing an international judicial forum which would have the authority to prevent the effects of an odious public debt in a timely manner by ensuring an early detection of mala fides by the debtor state or extend the necessary period for examining such intentions prior to the conclusion of the contract. In the author's view, this is a vital condition for the effective operation of credible public debt management policies.*

**Keywords:** *monetary law, monetary management, odious public debt, monetary sovereignty, lex monetae.*

---

\* markod1985@prafak.ni.ac.rs

\*\* The paper was presented at the international scientific Conference "Responsibility in the Legal and Social Context", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> September 2020.

\*\* Рад представља резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније" који финансира Правни факултет у Нишу у периоду 2013-2020.

## 1. Introduction

In practice, public debt management policy has long been treated as a separate segment of fiscal and monetary policy.<sup>1</sup> This understanding started from the monetary and fiscal functions of the public loan and the postulates of the so-called “time consistency theories”, which emphasize the fact that public loan funds are a specific form of capital available to the public in addition to cash and government bonds (Currie, Dethier, Togo, 2020: 22-65). Nowadays, due to the conditions observed in modern market economies, it is considered that public loan management policy should be viewed as an independent segment of macroeconomic policy. This trend began in the late 1980s in *New Zealand's* monetary legislation, when the government realized that the goals set by the law on fiscal responsibility would not be realized without special normative regulation of public loan management.

In the contemporary monetary law, responsibility for the consequences of public debt management policy is excluded from the competence of the central bank, due to the elimination of any conflict of interest arising from the conflict of monetary tasks and debt refinancing, aimed at protecting the interests of the state (debtors) and creditors (legal entities) in an optimal way. Nevertheless, in reality, governments very often ask the central bank to grant a loan to refinance debt (Dimitrijević, 2019: 70-71). The reasons why the central bank can deviate from the ban and accept its share in public debt management are related to the affirmation of its new task in preserving general financial stability (Dimitrijević, Golubović, 2020: 2-3).

## 2. The technique of concluding a public debt contract

In monetary law literature, it is stated that the public loan agreement belongs to the category of so-called “incomplete contracts”. The reason why the contracting parties may withdraw from the contract is related to the problem of limited rationality and costs that include future unforeseen costs, where many of these costs are not recognized or determined by the court in potential fiscal and monetary disputes (Posner, Choi, Gulati, 2011: 2). In this respect, Posner makes a distinction between the costs of *responsible* and *irresponsible* states. The first category includes costs caused by natural disasters, wars, and unpredictable economic crises, due to which the governments of those countries are no longer able to repay the loan. The second category of costs includes those

---

1 A public loan is the most common and most important form of public debt based on contractual grounds. Also, there are forms of public debt that are based on non-contractual (other) grounds (such as gifts, reparations for war damages, torts, and others), but they do not have a prominent significance in the area of monetary law.



caused by the governments of irresponsible countries, either intentionally or by gross negligence, although such differences do not matter much in practice for creditors of a public loan.

The public loan agreement must be concluded in a way that encourages the payment of the due loan in the responsible countries, with clearly defined conditions for the value restructuring of the loan in irresponsible countries (regardless of which country is in the role of the debtor). Namely, public loan agreements are concluded in a way that should minimize the costs of creditors who seek to exploit the property of debtors in the sense of opportunistically reducing the burden of their debt. Creditors in court proceedings can also demand the settlement of their claims from property located outside the monetary jurisdiction of the debtor state, which means that one of the decisive factors influencing the creditor's will is the awareness of political risk (i.e. the reputation of the debtor state public loan agreements and conscientious repayment). The problem with the burden of repaying the public loan is accompanied by the phenomenon of aliquot loss of social welfare, which occurs as a consequence of fiscally irresponsible debtor countries. In such circumstances, creditors often agree to restructure the debt, which also means leaving free space for the debtor state to strengthen its production (or to implement tax reform), to generate enough income to continue repayment. The creditor agrees to that because, in such a scenario, the loss is smaller than in case of declaring a fiscal moratorium where the state cannot pay the due obligations.

However, creditors must take into account the degree of readiness debtors show in concluding new "more favorable loans" because, in this way, they can send a signal to other future debtors about the flexibility of contractual elements of public loan that have the character of *essentia negotii*, which may ultimately mean circumventing such contractual clauses that must be respected. Hypothetically, in cases where the state has a larger number of public loan creditors, their *ex-post* bidding for a better share in loan repayment and collection delays may occur, which may initiate high lobbying costs; for this reason, debtor states can rely on "safe" creditors who readily agree to refinance the debt even when the state has enough money to pay due to financial obligations. Of course, the original public loan agreement and the new more favorable agreement for the debtor can never be substitutes (similarly, in the so-called "karsts theory" in microeconomics, it is considered that a used and new car cannot be substituted), at least not for a creditor already facing certain loan refinancing costs.

The technique of drawing up a public loan agreement implies two important issues: the problem of execution of the contract (inability of the responsible states to make the payment of due obligations or their refusal), and the problem

of new negotiation (the costs of an aliquot loss of an aliquot part of social welfare observed in fiscally irresponsible states, to keep the loan agreement in force) (Posner, Choi, Gulati, 2011: 4-6).

The problem of contract execution is especially emphasized in international financial and capital transactions, where the creditor is always able to initiate proceedings before domestic court against the unscrupulous debtor; but, in those circumstances, the debtor can invoke his immunity (because he is a subject of public law). In these cases, the debtor state excludes its property (facilities of consular and diplomatic missions) from the principal of the debt before foreign courts, due to the operation of legal fiction which is located on the territory of the domestic state. Execution of contractual obligations by debtors must not be based only on the fear of litigation but also on the loss of reputation in the context of macroeconomic (in)stability and consistency in (non)fulfillment of contractual obligations. The loss of a good or bad reputation can significantly affect the negotiating position of a particular country in concluding new public loan agreements.

When it comes to the problem of new negotiations, the factors that affect its frequency in practice are related to the efficiency of the debtor state government, the position of the opposition, local political factors, and turmoil, as well as the citizens' support of the ruling coalition. The creditor usually cannot determine whether the debtor stops paying due to the real impossibility and risk of causing civil unrest, or whether it is a matter of intentional prolongation of due obligations. Moreover, sometimes the government can "intentionally" cause such riots, which can have the direct consequence of delaying or suspending the repayment of a public loan while providing a credible justification for such behavior because the priority of every state is to protect its citizens and the public order. The interests of the public loan creditor may be further jeopardized if the debtor (in the meantime) borrows from international monetary or financial organizations, where assistance is aimed at developing infrastructure projects that, as a rule, last a long time and carry a high risk of realization.

The risk and consequences of late public loan repayment affect not only the creditor country and the debtor country but also third countries (reputable central and commercial banks of those countries, as well as citizens) which may or may not own loan bonds. spillovers of negative externalities (crises) to their economies. The overall result may be the effect of congestion on international financial flows. Due to all the above, the costs of negotiations include not only the direct costs of new negotiations but also indirect ones, which are reflected in the greater rigidity of the contracting parties to reach consensus on new repayment terms due to anticipated macroeconomic uncertainties.

### **3. The concept of public debt in international monetary law**

When comparing private debt (credit) agreements and public debt agreements, it can be noted that the legal position of the contracting parties is quite specific in terms of legal protection. The state in the role of the debtor is particularly vulnerable because it cannot find protection under the existing rules and regulations on bankruptcy (which is reserved and written exclusively for private debtors) from hostile actions of foreign creditors, nor does it allow the state the right to participate in financial reorganization arising from a bankruptcy situation supervised by a competent judicial authority. The state, as the bearer of monetary sovereignty, cannot be the subject of both domestic and foreign regulations on bankruptcy proceedings. In circumstances when a public loan is granted to a state by natural persons in the role of a creditor, the state must fulfill its due financial obligations, and cannot invoke judicial protection in case of consequences of impending bankruptcy (as this rule applies only to sovereign debtors). Of course, the application of this rule does not exclude the need to adopt an international rulebook on the consequences of bankruptcy on sovereign debtors, which the IMF tried to do in 2002 by considering the Sovereign Debt Restructuring Mechanism, which did not receive the necessary political support. This shows that the legal and economic consequences of the bankruptcy of the debtor state are far more serious than the consequences of the bankruptcy of private debtors. The practice of comparative monetary law shows that states have limited legal protection in this area. Namely, the creditor of a public loan in a court dispute that is conducted due to the impossibility of settling the due monetary obligations of the debtor state may invest and use very limited legal remedies.

Although most monetary legislations in the world accept the postulates of the theory of limited sovereignty (meaning that the state cannot enjoy immunity for all economic activities it undertakes, especially when it comes to negligent borrowing outside monetary jurisdiction), state property still enjoys privileged legal treatment. This primarily refers to fixed capital assets in the form of diplomatic and consular missions, which enjoy protection under statutory and customary international law, while the assets of central banks and state-owned enterprises outside domestic monetary borders are treated in the same way as all other state assets (without privileges). U.S. monetary law, unlike European monetary law, supports compromise dispute resolution between debtors and public loan creditors; it was first evident in a 1984 lawsuit, when the federal government intervened due to a large number of creditors' claims against a debtor member state. For that reason, it is very important to work on creating conditions that do not violate the starting (equal) positions of the negotiating parties, bringing one or the other party to a privileged position.

#### 4. Legal principles of public borrowing

The issue of public borrowing in international monetary law is exhaustively regulated by contractual clauses that can be classified into *four* groups: public debt contract execution clauses, clauses of new negotiations on the conditions of public debt (paid and unpaid), clauses that prevent competition between public debt creditors, and clauses restricting violent takeovers of claims (Posner, Choi, Gulati, 2011: 7-17).

a) The basic ways to reduce the risk of repayment of a public loan concern the shortening of the maturity of collection bonds and the practice of borrowing in foreign currency. Consequently, creditors of “risky countries” are always more interested in issuing short-term bonds that can be collected with a high degree of security. The debtor and the creditor may entrust the jurisdiction to resolve disputed elements of contractual obligations to domestic or foreign courts (Lastra, Bucheit, 2014: 2-3). Debtor states prefer the jurisdiction of domestic courts because of the possible preference for the debtor’s obligations, while creditors prefer the jurisdiction of foreign courts based in London or New York to provide conditions for a fair and equitable trial. Such behavior of the creditor may be justified by avoiding the risk that exists if the trial takes place before a domestic court because the state can initiate a change in national law that is applied by the court *ex officio*, in favor of the state creditor, which we can fully agree with.

In addition to the court settlement of disputes from public debt agreements, it is possible to determine alternative ways of resolving disputes. Arbitration is quite common in the practice of international monetary law. However, arbitration clauses do not always have to successfully solve the problem of contract execution because the arbitrator’s decisions are not legally binding. In practice, these decisions are respected due to the strength of moral authority resulting from the fact that decisions are made by an expert body that acts *de lege artis* and that the parties themselves have voluntarily chosen it on their free will. Certainly, in the area of international monetary obligations, this may not always be the case, given that it is a matter of public finances as an important reflection of monetary sovereignty.

In practice, foreign creditors can also use *cross-default clauses* that transfer obligations from one contract to another in case of an inability to fulfill the original contract, or *acceleration clauses* that accelerate the collection of future receivables due to the occurrence of events previously provided for in the public contract loan (Golubović, 2012: 157).

b) The new negotiation clauses are aimed at giving a certain *gratis* period to the debtor state regarding the obligation to pay a public loan, especially in periods of recession when such consideration of special circumstances by the debtor is

a good signal of understanding his position. Within these contractual clauses, we distinguish between those related to the modification of conditions and methods of payment and the so-called other modifications.

The change in payment terms depends on which country is in the role of the issuer of public loan bonds; for example, if the state of *New York* is in the role of the issuer, the change is allowed if there is the consent of 50-75% of the votes of public loan shareholders. In Great Britain monetary law, 50% of the votes is required when voting on the first change of payment clauses, and 75% of the votes is needed in the second change of payment clauses. Such a majority is in the interest of protecting all creditors (both minority and majority); so, it is necessary to reach a consensus on changes in the essential conditions of the contract.

The collective action clauses are particularly relevant in EU monetary law. These clauses are defined in the ESM Agreement, which requires all Member States to include this clause in newly issued securities with longer maturities from 1 January 2013. The purpose of this clause is to enable the creditors with the largest share to change the terms of the bonds (in terms of debt restructuring), while this clause also binds minority creditors. This clause is consistent with the clauses that exist in *Anglo-Saxon* and *Anglo-American* monetary law, primarily the aggregation clause, which implies that all government payers are given equal attention when concluding a public loan agreement. However, the aggregation clause is also in the function of protecting minority creditors, and requires the existence of a qualified majority to change the terms of loan repayment in the circumstances when the debtor is insolvent (Dimitrijević, 2015: 311-313). The collective action clause mechanism has practically enabled the participation of the private sector in the policy of public loan management in the circumstances when the state experiences a fiscal moratorium or is on the verge of bankruptcy. These clauses are particularly effective in resolving the problem of stagnation in a new negotiation that has its opportunity costs embodied in the time, money, and psychological expenses of the negotiator. The condition for their application is the consent of all creditors on the existence of common interest. If there is no support from at least one creditor, it cannot be applied in practice. For this reason, it is necessary to establish a qualified majority model, which must be determined optimally (neither too low nor too high). It is usually determined in the range of 19-75%, with the proviso that individual creditors may request mandatory meetings to vote on such decisions. A well-known form of the aggregation clause that is often used in practice is the so-called "*Pari-Passou clause*", which requires that every creditor must be treated equally.

c) The meaning of clauses that restrict competition among creditors of a public loan is that individual creditors enjoy *ex-ante* priority in the collection of their

claims and *ex-post* requests for various forms of payment. The most commonly used clause in this context is the *negative pledge clause*, which prohibits the state issuing public loan bonds from securing the financial interests of future creditors, before securing payment of the current public loan identically. If there were no such clauses, the creditors would not be put in an equal position because the privileged creditors would charge interest before the start of a possible lawsuit and avoid numerous transaction costs. The problem with the application of these clauses is reflected in the fact that some creditors enjoy the priority of payment. This can best be seen in the example of the IMF, which provides financial support to member states in the circumstances when it is necessary to protect their national interests. Some monetary law theorists believe that the clause has an anachronistic character and refers only to a narrow set of situations in which creditors have been historically subordinated, as was the case with earlier local laws that allowed domestic creditors to take precedence over foreign creditors. Today, it is considered that this contractual clause prohibits any form of granting legislative advantages to a certain category of creditors.

A distinction is usually made between two types of these clauses: *the ranking equally clause*, which guarantees the same treatment of all bonds, and *the priority payment clause*, where all bonds are treated equally in terms of payment method. Lately, the so-called *pro-rata clause* explicitly regulates that all bonds must be treated as equal and paid based on the settlement of due debts in installments.<sup>2</sup>

d) *Clauses that restrict risk-taking behavior* are aimed at preventing those actions of the debtor state that may jeopardize its solvency towards current creditors if the states decide to invest in risky investment ventures for which they expect a return in the future. This may occur not only in countries with a “bad” reputation in debt relations, but also in countries with a “good” reputation, renowned for their responsibility and conscientiousness in fulfilling overdue debts. In the circumstances when the state declares a fiscal moratorium, as a form of the formal declaration of will on the impossibility of paying due obligations (which, as a rule, precedes bankruptcy), it may be suspended from the IMF but the question of conscientious creditors compensation arises.<sup>3</sup> One of the ways to avoid these risks is reflected in the increasingly common creditors’ position that the debtor state must be a member of the IMF, which implies certain standards in the field of fiscal and monetary policy that must be observed in conducting sound public finances. This condition is symbolically called the “IMF clause”, but we can see that *per se* it is not a guarantee of the existence of a moderate risk for the public

---

2 Such privileged debt collection regimes are only temporary and their specific duration is decided by the majority of public loan creditors.

3 A decision of the shareholders with at least 25% of the votes is required in order to collect on such a basis.

loan creditor. Namely, in the conditions of the global financial crisis, it has become clear that membership in international monetary organizations is not a sufficient protection from economic shocks, but it certainly provides a greater degree of predictability in resolving such problems than in the circumstances when there is no membership. In practice (thus far), it has not happened that the IMF has excluded any of the member states, but the restrictive measures are reduced to the absence of application of the rules (which means that the mentioned clause has a minimized factual scope in the creditors interests). The contracts of public loan creditors, which determine the list of sovereign bonds, have a similar function.

Throughout history, special payment funds have been created, by which creditors wanted to protect their interests. These funds first began to be used in international monetary law during the 1700s in *Great Britain*. They were managed by a special agent who had contractual powers to do so. According to this system, the debtor state paid interest in a certain percentage amount until the end of the year, in the periods determined by the fund manager (but according to the lottery system). Debtors very often tried to conclude a loan refinancing agreement due to the impossibility to repay the principal, wanting only to repay the interest, which the creditors at the time usually did not agree to. The purpose of the fund was to ensure that the issuer would pay a proportional part of the principal together with each interest, but in such a way that the principal is repaid at the end of the mandate. Here, we can undoubtedly notice the logic of the provisions on debt amortization which protects creditors from insolvent debtors.

At this point, it is necessary to draw attention to the consequences of the inflation policy pursued by the debtor state. Namely, inflation can sometimes be intentionally caused and motivated by the interests of debtor countries, given the well-known rule that the position of debtors improves due to inflation flows, while the position of creditors deteriorates due to increasing the difference between nominal and real value, which if drastic (hyperinflation) makes the public debt ratio meaningless. As a result, creditors today resort to the requirement that the debt is denominated in one of the stable currencies (usually US dollar). However, debtor countries can also manipulate tax policy instruments and impose tax obligations on foreign creditors (which is rarely used in practice today) or use the GDP clause, which is used by *Argentina*. According to this clause, the debtor pays a higher interest rate in case of an increase in gross domestic product, where it is perceived that the increase in GDP is inherent in responsible debtors (although this is a relatively rebuttable assumption). This becomes a particularly problematic contract criterion if the condition is related to the so-called “creative accounting techniques”, which are a great challenge for the monetary legislator because these actions are neither legal nor illegal

(in terms of their nature). Because of that, the impossibility of accurate legal classification prolongs the adequate legal consequences.

## 5. State position in odious public debt management

The concept of an odious public debt (loan) has long been limited to cases in which the state borrows from the private sector by abusing the public trust enjoyed by government officials (Gelpern, 2007: 82-86). However, these traditional notions about the contracting parties of an unscrupulous public loan are today a relic of the past, as states increasingly borrow from public law collectivities. Based on such understanding, it follows that only domestic public loans would bear the sign of potential negligence of the debtor state, but the fact is that these elements also exist in foreign public loans (where creditors are also international monetary and financial institutions).

The doctrine of the negative public loan was developed by *Alexander Sack* in 1927, who believed that an odious public loan must meet the following conditions: the so-called despotic rule (i.e. the absence of representation and information of one part of the public opinion on the registration of the loan), the absence of general utility for citizens, and knowledge of previous elements by the loan creditor.

The existence of these elements is crucial because they raise the question whether the state bears responsibility for the damage it caused to its citizens and foreign creditors during the registration of the odious public loan. According to the classical settings of state sovereignty, the state as a subject of public law enjoys immunity to undertake economic activities on its territory; although this is not disputable in the field of fiscal and financial sovereignty, the question is: what about monetary sovereignty? We think that the behavior of the state must be subjected to the rules of law indemnification in case of causing intentional and negligent damage to the creditors of the public loan (Dimitrijević, 2018: 100). In that sense, the central bank as the supreme monetary institution can be subject to these rules, which have been (unjustifiably) reserved for private loans for a very long time, because in conditions of hyperinflation and collapse of the monetary system, due to uncontrolled expansion of credit by commercial banks, the central bank does not (always) perform its control function in a legally valid manner.

Monetary law theorists must keep on urging for a wider use of the odious public debt doctrine, as a tool for protecting creditors from subscribing to the bonds of dictatorial state regimes (Gentile, 2010: 174). One of the mechanisms that enable this is the creation of an international judicial forum that would have the responsibility to timely prevent the consequences of unscrupulous public loans by early detection of such bad intentions in the debtor state or extension



of the period necessary to examine such intentions. This could be the task of a specialized international court, or such an intention would be revealed by insisting on accepting special conditions from accessory commercial loans, as a result of which the creditors would reject the offer to conclude the contract. An effective mechanism can also be the public announcement of potential contract conditions and market practices related to the conclusion of contracts, where deviations from generally accepted rules could be interpreted as a signal for a form of behavior that deviates from the envisaged conscientious borrowing.

When it comes to the implications of state immunity on current and potential economic activities, there are various studies in the monetary literature. The case law in this regard is uneven and does not provide enough material to establish some universal elements of state responsibility. Therefore, it is emphasized that cooperation with the private sector is necessary because, from their practice, a comparative method can also identify certain facts necessary to take a unified position on the existence of state responsibility for the undertaken economic activities. Comparing public and private sector activities can alleviate dilemmas in determining the scope and limits of state responsibility, assuming that the state's business morale is still far higher than that of private companies (Stetser, 2000: 294). Of course, this assumption is rebuttable and stems from the distinction between private and public goods, where the motive for satisfying public goods is to meet general social needs. The doctrine of odious public debt excludes such altruistic motives of states that know how to play their citizens when they are in the role of creditors. For example, in the US monetary legislation until 1952, at the suggestion of the Secretary of State, state immunity could be granted or denied for certain instruments, but the reasons for such recommendations were shrouded in "a veil of secrecy" and were widely criticized in public. As a result, it was not possible to harmonize legislative practice but to deepen political opportunism. However, in 1952, the State Department supported the position on full state immunity, referring to the practice of other states, especially in the part concerning the responsibility for issuing municipal bonds (Immunity of Foreign Governmental Instrumentalities, 1984: 176-182).

## **6. Public debt restructuring in international monetary law**

When the legislator tends to create optimal conditions for the sustainability of public debt (in the long run), in practice, it refers to a combination of appropriate structural reforms that are combined with certain financial measures and fiscal consolidation (Padoan, Sila, Noord, 2013: 311). However, these measures are applied when the maturity of the current public loan has already occurred, which means that they enable the solution of such problems only with future public

loans. For that reason, the debtor state tries to change the debt restructuring technique, which changes some of the elements of the already concluded contract (increases the number of installments, reduces the interest rate, extends the repayment period, etc.). In theory, there is no single position regarding the legal nature of the restructuring procedure, so it can be interpreted as a form of statutory change or as a new contractual solution (Sedlak, 2005: 1483-1484).

Unlike the IMF, which tried unsuccessfully to introduce a Public Debt Restructuring Mechanism, the United States imposed a *collective action clause* as a sufficient mechanism for securing creditors, given that their share in the Fund is the largest. Considering that debt restructuring also changes its redistributive effects, monetary law theorist must pay much more attention to this problem. The flexibility of public debt financing and the availability of various funds by international organizations has somewhat minimized the effects of the problem because, compared to some earlier historical periods, such a variety of means to solve the problem did not exist. However, the accelerated development of the financial market has given complexity to the technique of debt restructuring; therefore, efforts to find the optimal legal solution must continue because the collective action clause cannot be a *panacea* for all monetary problems in modern economies.

The problem with public debt, according to some authors, is that debt exists in a conceptual space that is realized at the very border of public law and politics. This means that in good times the contractual nature of public debt is emphasized, but in bad times its political characteristics are always preferred. Thus, courts in proceedings initiated by creditors to protect their claims must perform an expansive regulatory function by enabling creditors to protect their property and free it from negative externalities (Thomas, 2017: 25-41). Namely, the author starts from the fiction that public debt is a kind of commodity and that the creditor should enjoy his property without any restrictions. Such a position was also confirmed in the case of *Argentina against NSM* (hedge fund of minority creditors in the Cayman Islands). In 1994, Argentina started issuing bonds based on an agreement signed in New York on the establishment of a fiscal agency. Later, the Argentina government validated the debt on a unilateral basis and offered creditors new bonds with lower interest rates, which the NSM did not agree to and initiated civil proceedings to settle its claims.

Contemporary monetary law re-examines the classical assumptions about the intertemporal burden of public lending. A growing number of theorists believe that the use of a public loan does not imply the transfer of the actual burden of repayment to future generations. In support of such a stance, when deciding on borrowing, governments derive purchasing power from individuals and legal

entities, i.e. domestic or foreign financial institutions (Buchanan, 1984: 2-7). Such derivation of the purchasing power of the government is associated with certain opportunity costs because the creditors of the loan could alternatively use their funds for other profitable activities. However, unlike the indebtedness of the public sector with additional taxation, where there is currently an increase in the actual (total) tax burden, this burden remains temporary when using a public loan, i.e. it is most prominently felt by former generations of creditors since the funds were borrowed in the initial period. This implies that a public loan *per se* (as opposed to taxation) does not create an increased tax burden, but rather that the burden is a consequence of the government policy on the amount and structure of planned public expenditures.

The use of a public loan leaves certain obligations for future generations, but these obligations cannot be treated as aggregate real burdens because they are mutually exclusive (primarily in the case of a domestic public loan). This stems from the fact that, although future generations of taxpayers repay borrowed funds by paying taxes, funds from the same tax revenues are returned to them through the payment of interest rates held by domestic public loan creditors. The consequence of this treatment is that the intertemporal burden imposes an obligation on future bondholders to only make mutual transfers, which cannot be compatible with the loss of resources during the initial period of loan registration (Dornbusch, Draghi, 2004: 5-6). A public loan agreement is not a gratuitous legal transaction and, in that sense, it is necessary to make a distinction between the primary and secondary burden of a public loan. The primary burden is not passed on to future generations because it implies a direct waiver of funds when deciding to subscribe to a loan. The secondary burden of a public loan is conditioned by certain variables, the most significant of which is the distribution of loan instruments. If there are no differences between taxpayers and owners of loan bonds, there will be no substantial transfer of funds; but, if they are not the same persons, the real costs will be borne by the so-called "net taxpayers", while the real benefits will be "net bondholders". Unlike the primary burden, which cannot be transferred to future generations, the secondary burden can be passed on, which is why the government must take care when deciding on the use of the loan. In structuring a public loan, care must be taken that the loan has a short maturity and that the bonds are indexed or denominated in foreign currency. In addition to the risks that arise in the financial market, governments must take into account operational and credit risks, as well as settlement risks (Colignon, 2011: 539-560).

## 7. Conclusion

To avoid the consequences of financial and economic crises, the modern policy of public loan management increasingly emphasizes the use of bonds that are price-indexed (as opposed to bonds with a fixed profit) because the income from the aforementioned bonds increases in times of inflation. As the financial derivatives market has developed rapidly in recent decades, countries such as France and Germany (through their public loan management agencies) have paid special attention to the benefits and costs of using swaps to reduce borrowing costs. The goals of the optimal public loan management policy are aimed at creating conditions for the sustainability of the loan that can be viewed in a static and dynamic context. In practice, the much more commonly used concept of static sustainability starts from the limitations set by the rules of fiscal and financial convergence, while sustainability in a dynamic sense refers to the results of the implementation of fiscal policy measures with the existing economic environment. The existence of fiscal rules is a necessary but not a sufficient condition for achieving the sustainability of public lending, as a result of which economic policymakers must take timely action following changes in macroeconomic conditions. The sustainability of public lending in a dynamic sense is conditioned by its intertemporal effects. These effects are reflected in the fact that the burden of financing a public loan is distributed to future generations.

## References

- Buchanan, J. (1999). *Public Principles of Public Debt A Defense and Restatement (The Collected Works of James M. Buchanan)*. Vol. 2. Indianapolis: Liberty Fund.
- Colignon, C. (2011). Fiscal Policy and the Sustainability of Public Debt in Europe. *International Economic Review*. 53 (2). 539-560.
- Currie, E., Dethier, J. J., Togo, E. (2003). *Institutional Arrangements for Public Debt Management*. Washington: World Bank Policy Research Paper No. 3021, 22-65.
- Dimitrijević, M. (2018). *Institucije međunarodnog monetarnog prava*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.
- Dimitrijević, M., Golubović, S. (2020). About Central Bank Responsibility in Contemporary Monetary Law. *ТЕМЕ*. XLIV, 1-16.
- Димитријевић, М. (2015). Управљање јавним дугом: Правно-економске последице по положај државе као дужника. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70, 311-328.

Димитријевић, М. (2019). О неким закономерностима у односу монетарних (банкарских) финансија и монетарног права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 83, 61-76.

Dornbusch, R., Draghi, M. (2004). *Public Debt Management: Theory and History*. New York: Cambridge University Press.

Gelpern, A. (2007). Odious, Not Debt. *Law & Contemporary Problems*. 70, 81-114.

Gentile, C. M. (2010). The Market for Odious Debt. *Law & Contemporary Problems*. 73, 151-174.

Голубовић, С. (2012). *Фискална правила у Европској монетарној унији*: Ниш: Студентски културни центар.

Lastra, M. R., Bucheit, L. (2014). *Sovereign Debt Management*: Oxford: Oxford University Press.

Padoan, P. C., Urban, S., Noord, P. V. D. (2013). The Sovereign Debt Crisis in Europe: How to Move from Bad to Good Equilibrium?. In L. Paganetto (ed.). *Public Debt, Global Governance, and Economic Dynamism*. Munich: Springer.

Posner, E. A., Choi, S. J., Gulati, M. G. (2011). *Political Risk and Sovereign Debt Contract*. University of Chicago Law & Economy Olin Research Paper 583-Public Law and Legal Theory Working Paper No. 370, 1-35.

Sedlak, J. (2005). Public Debt Restructuring: Statutory Reform or Contractual Solution?. *University of Pennsylvania Law Review*. 152, 1483-1515.

Stestser, V. G. (2000). The Immunities of the States and Government Economic Activities. *Law & Contemporary Problems*. 73, 293-316.

Thomas, D. (2017). Sovereign Debt as a Commodity: A Contract Law Perspective. *Osgoode Hall Law Journal*. 54(2), 21-47.

University of Chicago Law Review Editors (1957). Immunity of Foreign Governmental Instrumentalities – Comments. *The University of Chicago Law Review*. University of Chicago Press, 25 (1), 176-182.

**Др Марко Димитријевић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

## **ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ЕКОНОМСКЕ АКТИВНОСТИ: ПРИМЕР УПИСА НЕСАВЕСНОГ ЈАВНОГ ДУГА**

### **Резиме**

У савременом монетарном праву, одговорност за последице политике управљања јавним дугом изузета је из надлежности централне банке, због елиминисања сваког сукоба интереса који би произашли из колизије монетарних задатака и рефинансирања дуга, а све у циљу заштите интереса државе (дужника) и повериоца (физичких и правних лица) на оптималан начин. Разлози због чега централна банка може одступити од забране финансирања и прихватити свој удео у управљању јавним дугом везани су за афирмацију њене улоге у очувању финансијске стабилности. Концепт несавесног јавног дуга (зајма) дуго се времена ограничавао на случајеве у којима се држава задужује код приватног сектора и то злоупотребом јавног поверења које државни званичници уживају. Ипак, ова традиционална схватања о уговорним странама несавесног јавног зајма данас представљају реликт прошлости, јер се државе све више задужују код јавноправних колективитета. На основу оваквих схватања проистиче да би само домаћи јавни зајмови носили предзнак потенцијалне несавесности државе дужника, али чињеница је да и ти елементи постоје и код иностраних јавних зајмова (где су повериоци и међународне монетарне и финансијске установе). Када се говори о импликацијама државног имунитета на текуће и потенцијалне економске активности, у монетарној литератури постоје различите студије. Судска пракса у том погледу је неуједначена и не пружа довољно материјала за утврђивање неких универзалних елемената државне одговорности. Стога се истиче да је неопходна сарадња са приватним сектором, јер се из њихове праксе упоредним методом, такође, могу препознати одређена факта неопходна за заузимање јединствених ставова о постојању државне (не) одговорности за предузете економске активности.

**Кључне речи:** монетарно право, монетарно управљање, несавесни јавни дуг, монетарни суверенитет, *lex monetae*.

**Др Љубица Николић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-26740

UDK: 338:339.137.2  
338.246.027(4-672EU)  
338.246.027(497.11)

Рад примљен: 25.05.2020.  
Рад прихваћен: 21.08.2020.

## **ДРЖАВНА ПОМОЋ И ФЕР ТРЖИШНА УТАКМИЦА\*\***

**Апстракт:** Државна помоћ (давање економске предности појединим привредним субјектима или групи привредних субјеката: одобравањем субвенција, кредита под повољнијим условима, државних гаранција, пореских олакшица и ослобађања од пореза, продајом јавне имовине по посебно повољним условима и друго) може бити економски оправдана, али повлачи опасност од нарушавања тржишне конкуренције. ЕУ има строга правила у области пружања и контроле државне помоћи, која за циљ имају што мању државну помоћ уз што мање нарушавање конкуренције. Испуњавајући део преузетих обавеза у процесу приступања ЕУ, код нас је донет Закон о контроли државне помоћи (ЗКДП) 2009. године<sup>1</sup>, који је престао да важи доношењем новог Закона о контроли државне помоћи 2019. године<sup>2</sup>. Удео државне помоћи у БДП-у Србије је значајан и недовољно транспарентан, због чега се с правом поставља питање његовог утицаја на фер тржишно надметање. Реформа политике државне помоћи у Србији је неопходна, пре свега у циљу значајног смањења ове помоћи и правилне селекције корисника. Полазна основа ефикасне политике државне помоћи јесте правна регулатива и њена имплементација, али изнад свега истинска независност и одговорност институција надлежних за контролу ове помоћи. Неопходно је наћи модусе који ће обезбедити да општи интерес и економска ефикасност буду изнад појединачних интереса. Предмет овог рада јесте промовисање свести о утицају

\* ljubica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом ЕУ" који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

Рад је изложен у онлајн формату, на међународној научној конференцији "Одговорност у правном и друштвеном контексту", на Правном факултету Универзитета у Нишу 18.9.2020. године.

1 Закон о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 51/09.

2 Закон о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

*државне помоћи на економску ефикасност, анализа правних решења и институционалног оквир из ове области у Србији, као и политике државне помоћи ЕУ. Појава прекомерне, некоректно селективне и неконтролисане државне помоћи може имати дубоке негативне последице на друштвено благостање, због чега је неопходно правилно нормирање и имплементација правила из ове области.*

**Кључне речи:** државна помоћ, регулатива, политика државне помоћи, економски ефекти, ЕУ.

## 1. Увод

Област државне помоћи све се детаљније правно регулише на националном, наднационалном и међународном плану, што указује на постојање свести о потенцијалним негативним импликацијама државне помоћи на функционалност привреде и економски раст, али и чињеници да се овај вид државног интервенционизма обилно користи. Због тога се, „системи државне помоћи заснивају на принципу генералне недопуштености државне помоћи, која се релативизује релативно широким изузецима у виду дозвољених и условно дозвољених државних помоћи“ (Дивљак, 2011: 363). Значај проучавања државне помоћи проистиче, пре свега, из чињенице да она има снажне економске последице, како на пословање појединачних учесника на тржишту, тако и привреде у целини. У условима незадовољавајућег привредног раста, с правом се као један од разлога може навести и неодговарајући систем државне помоћи. Тако долазимо на терен односа државне политике и економије, и отварамо питања: Како државна помоћ утиче на конкуренцију и величину економског успеха учесника на тржишту? Да ли је намера државе да конкретном помоћи повећа ефикасност привреде или фаворизује поједине тржишне учеснике? Да ли државна мера може бити ефикаснија од тржишног механизма? Када је, и у којој мери, економски оправдана државна помоћ? Како изградити ефикасан систем доделе и контроле државне помоћи? Постоји ли начин да се новцем пореских обвезника располаже стручно и одговорно, односно како натерати носиоце власти да буџетским новцем располажу на начин како то чине приватни инвеститори?

Државна помоћ ремети, мање или више, слободну тржишну конкуренцију и утиче на друштвено благостање позитивно или негативно. На националном нивоу ова помоћ фаворизује одређене привредне субјекте, привредне секторе или регионе, на рачун других. На међународном плану, политика државне помоћи може утицати на неједнаку позицију



учесника на међународном тржишту, због чега правила наднационалног и међународног права све чешће постају део националних законодавстава.

У овом раду указујемо на нека правна и институционална решења која су део домаће политике државне помоћи, уједно их упоређујемо са регулативом и политиком државне помоћи у ЕУ. Циљ овог рада јесте указивање на неке разлоге због којих домаћа политика заштите конкуренције и државне помоћи није довољно ефикасна у обезбеђивању фер тржишне утакмице. Конкуренција ствара успешне тржишне учеснике, који се прилагођавају новим могућностима и захтевима на тржишту, насупрот томе, државна помоћ смањује такмичарски дух. „Када се предузећа навикну на то да ће их владе одржавати у послу без обзира на све, подстицаји за иновације и прилагођавање су изразито слаби. Предузећа у којима се размишља на тај начин у врло кратком року ће заостати у односу на међународну конкуренцију“ (Baldwin, Wyplosz, 2010: 438). Државну помоћ је немогуће анализирати издвојено од политике и права заштите конкуренције, али се због просторне ограничености овом политиком детаљније, на овом месту, не можемо бавити. Политика заштите конкуренције у Србији није довољно ефикасна. „Домаћи привредни субјекти нису навикнути на конкуренцију већ, често, покушавају да профитирају коришћењем привилегија“, укључујући примање државне помоћи; у исто време, „држава не показује истинску спремност да заштити конкуренцију, нити спроводи озбиљну борбу против корупције везане за пословање“ (Николић, 2019: 165).

## **2. Државна помоћ и тржишна конкуренција**

Сваки облик државног интервенционизма, укључујући државну помоћ, ремети слободну тржишну утакмицу. Као оправдање за пружање ове помоћи, у теорији се углавном наводи несавршеност тржишта и намера да се исправе тржишни недостаци (као што су: екстерналије и производња јавних добара), као и посматрање ове помоћи као вида инвестирања. Наводи се да систем државне помоћи може подстаћи економску ефикасност и привредни раст. Рецимо, финансирање и други видови подстицања развоја науке и заштите животне средине јесу неке од области где је државна помоћ оправдана. И поред тога, поставља се питање дефинисања ефикасног система државне помоћи. Чак и када постоји намера државе да својом помоћи подстиче економску ефикасност, њене процене стања у привреди, обим и ефекти помоћи могу бити погрешни. Са друге стране, привредни субјекти покушавају да дођу до државних бенефиција, и многе интересне групе у томе и успевају. Одлуке о додели државне помоћи могу бити политички и интересно донете, на штету тржишне ефикасности.

“Политизација државне помоћи један је од главних проблема са којима се суочавају институције које пружају помоћ. Сходно томе, трошкови погрешног спровођења политике могу надмашити предности интервенције како би се исправила ситуација на тржишту“ (Nicolaidis, Bilal, 1999: 30).

На сајту Комисије за контролу државне помоћи, последњи доступан Извештај о додељеној државној помоћи у РС је за 2018. годину<sup>3</sup>. Иако је средина 2020. године, још увек није објављен Извештај о додељеној помоћи 2019. године, нема информација о планираним помоћима, нити о појединачним корисницима државне помоћи. Извештај за 2018. годину сачињен је на основу података који су прикупљени од давалаца помоћи (министарстава, Пореске управе, Националне службе за запошљавање, Фонда за развој РС, Развојне Агенције Србије, Владе АП Војводине и јединица локалне самоуправе). Износ додељене државне помоћи у РС 2018. године је 96.717 милиона динара (818 милиона евра), приближно исто као 2017. године (96.045 милиона динара или 792 милиона евра) и за 5% (односно 9% упоређивањем износа у еврима) више у односу на 2016. годину (92.399 милиона динара или 750 милиона евра). Према овом Извештају, учешће државне помоћи у БДП-у 2018. године је 1,9%, док је 2017. и 2016. године износило 2,2%.

### **2.1. Зашто је неопходна контрола државне помоћи?**

Уколико је национална регулатива из области државне помоћи и заштите конкуренције недовољно ефикасна и омогућава доношење одлука из ове области које су политички и интересно засноване, обавеза имплементације квалитетних наднационалних и међународних правила о државној помоћи може бити корисна. То, међутим, није довољно за стварање ефикасног система државне помоћи. Адекватна регулатива доводи до жељених циљева само уколико постоји ефикасан систем њене имплементације. Функционална регулатива, која се односи на државну помоћ и независне и стручне институције које је примењују, први је предуслов ефикасне контроле и одговорности државних институција које пружају државну помоћ, а тиме и заштите тржишне конкуренције. Неопходност контроле државне помоћи проистиче из више разлога: државна помоћ нарушава конкуренцију; државна интервенција је несавршена; државне одлуке могу бити резултат политичких притисака различитих интересних група; државна помоћ може бити инструмент за куповину гласова бирача (Беговић, Павић, 2012: 115–117).

<sup>3</sup> Комисија за контролу државне помоћи РС. *Извештај о додељеној државној помоћи у РС 2018. године*. Преузето 20. 5. 2020. <http://www.kkdp.gov.rs/doc/izvestaji/Izvestaj-o-dodeljenoj-drzavnoj-pomoci-u-Republici-Srbiji-u-2018-godini.pdf>

Национална политика државне помоћи има очигледне економске и политичке импликације. Она директно утиче на показатеље економског успеха учесника на тржишту и функционалност укупне привреде. Примаоци државне помоћи без напора остварују приносе и јачају своју тржишну позицију, наспрот оних којима је та помоћ ускраћена. Финансијски бенефити могу ојачати и везу тржишних учесника са носиоцима власти који утичу на расподелу државне помоћи, што додатно интензивира утицај политике на економију. Остваривање политичких циљева може постати доминантна намера носилаца економске политике, укључујући и политике државне помоћи, у односу на стварање успешне тржишне привреде. Решење оваквог стања налази се у стварању једнаког система одговорности и санкција за све учеснике на тржишту, укључујући ефикасну контролу државне помоћи. Питање контроле државне помоћи јесте комплексно с обзиром на то да се контролишу активности носилаца власти. Квалитетна регулатива јесте основа ове контроле али је недовољна без стручних и независних институција које је примењују, владавине права и независног судства, сузбијања корупције и развоја других индикатора економских слобода. „Ефикасне институције, укључујући владавину права, омогућавају тржишту да ограничи предаторство и приватних тржишних субјеката и предаторство државе, успостави поверење и репутацију учесника, да превазилази проблем неизвесности и асиметричних информација, да редукује трансакционе трошкове, да повећа очекивану вредност приноса од инвестиција, и као консеквенцу омогући раст и развој економије“ (Јовановић, 2019: 57).

## ***2.2. Контрола државне помоћи: Избор или обавеза?***

Политика државне помоћи у Србији условљена је и њеном тренутном позицијом у поступку приступања ЕУ. У овој фази приступања Србија има обавезу да хармонизује прописе и примени стандарде ЕУ у области државне помоћи, као и да креира одговарајући институционални механизам надлежан за ову област. ЕУ инсистира на строгом и ефикасном националном механизму контроле државне помоћи, препуштајући земљама кандидатима за чланство да саме изграде тај механизам. У неким земљама је контролу државне помоћи вршило Министарство финансија (Чешка, Бугарска), у Пољској – Канцеларија за конкуренцију и заштиту потрошача, у Словенији – Комисија за контролу државне помоћи (Дивљак, 2011: 367). Национални механизам контроле државне помоћи земаља кандидата за чланство у ЕУ привременог је карактера. Стицањем чланства у ЕУ, преносе се надлежности из ове области на институције ЕУ. У међувремену се од земаља кандидата очекује да изграде озбиљан систем

контроле државне помоћи. На том путу, Србија се суочила са проблемима и незадовољавајућим напретком у овој области. Усклађивање регулативе било је мањи проблем у односу на њихову примену.

Први српски Закон о контроли државне помоћи донет је 2009. године. Овај Закон је, и поред уочених недостатака, омогућавао надлежној Комисији да се озбиљније бави националном контролом државне помоћи. Међутим, очекивани резултати су изостали. Контрола није била нити довољно озбиљна, нити довољно транспарентна. Уместо интензивирања рада Комисије за контролу државне помоћи (кадровског јачања, боље сарадње са повезаним органима, активније комуникације са Европском комисијом, професионалног информисања о спроведеним контролама и сл.), сва пажња је усмерена на израду новог Закона, којим је суштински промењен циљ заштите. Наиме, Законом из 2019. године регулише се државна помоћ са циљем заштите јединственог европског тржишта (деталније у наставку овог рада), за разлику од претходног који је регулисао државну помоћ са циљем заштите конкуренције на националном тржишту, док је примена Закона остала у надлежности домаћих институција, чији рад прати Европска комисија. У вези са тим, намеће се питање: Да ли Србија истински жели да правно уреди, и спроводи, ефикасну контролу државне помоћи, или је реч само о формалном испуњавању преузетих обавеза према ЕУ? Контрола државне помоћи јесте питање од изузетног значаја за домаћу економију и није контрадикторна са преузетим наднационалним обавезама, управо супротно. Изграђени национални механизам контроле државне помоћи јесте основа прихватања сложеног и строгог механизма контроле ове помоћи у ЕУ. Политику, регулативу и искуство ЕУ у области државне помоћи ваља користити као модел за домаћу регулативу и политику, у циљу заштите и домаће економије од непожељних државних помоћи, али и Европског тржишта, у складу са преузетим обавезама.

### **3. Проблем дефинисања државне помоћи**

ЕУ спроводи строгу политику државне помоћи са циљем спречавања земаља чланица да фаворизују своје привредне субјекте на јединственом европском тржишту. „Регулатива ЕУ је много детаљнија и покрива шири спектар облика државне помоћи, у односу на ону која постоји на међународном плану, у оквиру СТО“ (Дивљак, 2011: 363). Посебан део Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ)<sup>4</sup> односи се на регулисање државне помоћи. „Ако уговорима није другачије предвиђено, свака помоћ додељена

4 EUR – Lex Access to European Union law. *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*. Преузето 23. 5. 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

од стране државе чланице или из средстава државе у било ком облику, која нарушава или прети да наруши конкуренцију дајући предност одређеном привредном друштву или производњи одређене робе, неспојива је са унутрашњим тржиштем, уколико утиче на трговину између држава чланица“.<sup>5</sup> Истим чланом су регулисани допуштени облици државне помоћи уз прецизирање услова за њихову доделу, рецимо: помоћ социјалне природе; у случају елементарних непогода; подстицање економског развоја подручја у којима је животни стандард изузетно низак или је незапосленост изузетно висока; за поспешивање важног пројекта од заједничког европског интереса или за отклањање озбиљног поремећаја у привреди државе чланице; као и друге категорије помоћи. Европска комисија испитује додељивање државне помоћи у државама чланицама, даје предлоге и износи примедбе, а може донети и одлуку да конкретна држава одређену помоћ укине или измени. У случају спора, надлежан је Суд правде ЕУ.<sup>6</sup> „Политика државне помоћи ЕУ динамично се развијала. На њено обликовање утицала су економска и политичка дешавања значајна за ЕУ“ (Lopez, 2015: 4).

### **3.1. Елементи државне помоћи**

Све мере државне подршке којима се утиче на тржишну позицију привредних субјеката не чине државну помоћ у правном смислу речи. На први поглед чини се јасно шта државна помоћ подразумева. Њено дефинисање, међутим, повлачи многе дилеме. Општеприхваћене дефиниције државне помоћи нема, па отуда и разлике у правном нормирању и тумачењу битних елемената који одређују државну помоћ. „Да би одређена државна подршка општег типа спадала у државну помоћ, потребно је да се симултано задовољи пет критеријума: 1) помоћ мора да буде додељена од стране државе, коришћењем државних ресурса; 2) помоћ мора да ствара одређену предност за њеног примаоца (у односу на оне који ту помоћ не примају); 3) помоћ мора да ствара предност (изабраним) учесницима на тржишту у обављању привредних делатности; 4) помоћ мора да утиче на размену добара и услуга на тржишту; 5) помоћ мора да доводи до дисторзије конкуренције“ (Беговић et al. 2012: 108). Сви наведени критеријуми захтевају прецизирање и стварају неке дилеме. Проф. Драго Дивљак наводи да су „битни елементи који одређују државну помоћ у ЕУ: 1) државна мера мора подразумевати корист, односно давање

---

5 Чл. 107, тачка 1 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (у наставку текста УФЕУ), *Official Journal C 326*, 26/10/2012 P. 0001 - 0390.

6 Чл. 108 УФЕУ.

привилегије одређеном предузећу, које корисник помоћи у нормалним условима не би могао стећи; 2) да се помоћ даје директно из државних извора; 3) мера мора бити селективна, тј. да се њоме даје привилегија одређеном предузећу или одређеној производњи (опште мере економске, социјалне и пореске политике не сматрају се државном помоћи, ако се њихови ефекти односе равномерно на читаву привреду, што је у пракси тешко постићи); 4) мера мора нарушавати конкуренцију на тржишту ЕУ; 5) да мера утиче на трговину између земаља чланица ЕУ“ (Дивљак, 2011: 369–371). Различито тумачење елемената који одређују државну помоћ, бројност и кумулативност тих елемената, као и бројни изузеци у вези с тим шта се сматра тржавном помоћи, омогућили су избегавање контроле многих државних давања. Оваква појава посебно је видљива у домаћем систему државне помоћи, за разлику од механизма контроле државне помоћи у ЕУ на чијој ефикасности се стално ради.

### **3.2. Правно дефинисање државне помоћи у Србији**

Дефинисање државне помоћи у регулативи Србије ствара неке дилеме. У актуелном српском Закону о контроли државне помоћи, државна помоћ је дефинисана као „сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода коју додељује давалац државне помоћи у било ком облику, којом се одређени учесник на тржишту ставља у повољнији положај у односу на конкуренте или се даје предност производњи одређене робе и/или услуге, којом се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту и утиче на трговину између Републике Србије и земаља чланица Европске уније“.<sup>7</sup> Ова законска формулације државне помоћи код нас, показује намеру законодавца да се нормирање државне помоћи врши са намером заштите конкуренције на тржишту ЕУ, али не и оне на националном тржишту. Последњи услов, из ове законске дефиниције, (...и утиче на трговину између Републике Србије и земаља чланица Европске уније) битно смањује обим примене овог закона и представља новину у односу на претходни закон.

Овакво дефинисање државне помоћи у актуелном ЗКДП ствара сумњу о истинској намери законодавца да се правно уреди контрола државне помоћи код нас. Ограничавање државне помоћи која се одражава само на трговину између РС и ЕУ у претходном закону није било, што је пружало могућност за широм применом. Државна помоћ је била дефинисана као „сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај

<sup>7</sup> Чл. 3, став 1 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту<sup>8</sup>.

Регулисање трговине између РС и ЕУ део је наших преузетих обавеза и закљученог Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП). Једна од обавеза из овог споразума јесте и правно регулисање државне помоћи. Члан 73.1.iii. ССП гласи<sup>9</sup>: „Свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима, није у складу са правилним функционисањем Споразума, у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије“. Независно од ових преузетих обавеза, правно регулисање државне помоћи јесте од националног значаја и услов је функционалности привреде. ЕУ инсистира на „потпуном усвајању стандарда заснованих на заједници за одобравање државне помоћи“ (Cremona, 2003: 265).

#### **4. Разлози доношења новог Закона о контроли државне помоћи у Србији**

Државна помоћ У Србији правно је регулисана тек 2009. године, доношењем Закона о контроли државне помоћи, чиме је формално испуњена једна од обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП)<sup>10</sup>. У овом закону је било наведено да се њиме „уређују општи услови и поступак контроле државне помоћи у циљу заштите слободне конкуренције на тржишту, применом начела тржишне економије и подстицања привредног развоја, обезбеђења транспарентности у додели државне помоћи, као и извршавања преузетих обавеза по закљученим међународним уговорима, који садрже одредбе о државној помоћи“<sup>11</sup>. Десетогодишња примена овог закона није довела до битнијег унапређења система државне помоћи код нас, нити су прокламовани циљеви овог закона реализовани.

---

8 Чл. 2, тачка 1 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 51/09.

9 Министарство за европске интеграције РС. *Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране*. Преузето 26. 2. 2020. [https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi\\_sa\\_eu/ssp\\_prevod\\_sa\\_anexima.pdf](https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf)

10 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 83/08.

11 Чл. 1 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 51/09.

#### **4.1. Критички осврт на контролу државне помоћи у Србији**

У време важења Закона о контроли државне помоћи из 2009. године, нека истраживања су указивала на пропусте у нормирању државне помоћи, лош рад Комисије за контролу државне помоћи, али и на системске недостатке који домаћи механизам контроле државне помоћи чине неефикасним. Једно од таквих истраживања<sup>12</sup> је указало на проблем непостојања адекватног механизма контроле, одговорности и кажњавања за незакониту доделу државне помоћи и игнорисање Комисије. Пракса је показала да, због непостојања адекватних санкција, у великој мери од добре воље давалаца помоћи зависи пријављивање свих релевантних чињеница Комисији. Према овом истраживању, велики проблем код нас је и то што се не прате ефекти додељених помоћи.

Савет за борбу против корупције доставио је 7. 9. 2018. године Влади РС Извештај о додели државне помоћи привредним субјектима у РС<sup>13</sup>. У закључку овог извештаја се наводи да Србији недостаје Закон о додели државне помоћи којим би се детаљно регулисало ко, како, у ком поступку може бити давалац и корисник државне помоћи; услове, мерила и критеријуме за доделу државне помоћи; одговорност и санкције за све учеснике у додељивању и коришћењу државне помоћи. Постојећа Уредба о правилима за доделу државне помоћи<sup>14</sup> не може да замени закон. У овом извештају се, такође, наводи да је Закон о контроли државне помоћи (из 2009. године) непотпун, јер не регулише у потпуности контролу доделе државне помоћи, не регулише контролу реализације дате помоћи, нити регулише контролу сврсисходности додељивања средстава. Указује се и на проблем нетранспарентности података у вези додељивања државне помоћи. На сајту Комисије за контролу државне помоћи објављени су годишњи извештаји о додељеној државној помоћи у РС<sup>15</sup>, без навођења привредних субјеката који су били корисници ове помоћи, нити износа и намене одобрених појединачних помоћи.

---

12 Транспарентност Србија. *Државна помоћ – промишљено улагање или скривена корупција?* Преузето 20. 5. 2020. [https://www.istinomer.rs/pictures/wledit\\_pdf/622770574875176.pdf](https://www.istinomer.rs/pictures/wledit_pdf/622770574875176.pdf)

13 Савет за борбу против корупције. *Извештај о додели државне помоћи привредним субјектима у РС.* Преузето 7. 2. 2020. <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/sr-Cyrl-CS/izvestaji/cid1028-3272/izvestaj-o-dodeli-drzavne-pomoci-privrednim-subjektima-u-republici-srbiji>

14 Уредба о правилима за доделу државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 13/10, 100/11, 91/12, 37/13, 97/13.

15 Комисија за контролу државне помоћи. *Годишњи извештаји.* Преузето 7. 2. 2020. <http://www.kkdp.gov.rs/izvestaji.php>



Посебну пажњу домаће јавности изазива државна помоћ усмерена ка привлачењу *страних инвестиција*. Због недостатка домаћег капитала за инвестирање, Србија различитим државним подстицајима покушава да привуче инострани капитал, посебно у форми страних директних инвестиција (СДИ). Користи од увоза иностраног капитала јесу бројне (уношење нових технологија, повезивање са међународним извозним тржиштима, повољније снабдевање производним инпутима и сл.). Стварање услова за привлачење СДИ јесте оправдано али конкретним државним мерама за остваривање овог циља треба приступити аналитички и критички. Страни инвеститори имају иста права и обавезе као и домаћи инвеститори,<sup>16</sup> укључујући и право на све облике државне помоћи. У циљу привлачења страног капитала у нашу привреду, често се нуде субвенције страним предузећима, која су финансијски моћнија у односу на наше привредне субјекте, због чега се поставља питање економског оправдања оваквих мера. „Ако је нека инвестициона опција истински рентабилна“, под условом постојања функционалног привредног система, „за њу би требало да се нађе заинтересовани улагач и без субвенција“ (Маџар, 2016: 24). Субвенционисање иностраних предузећа ствара дискриминацију на тржишту, на штету домаћих произвођача, притом ремети ефикасну алокацију ресурса.<sup>17</sup> Ове субвенције су код нас инструмент компензације за суштински недостатак уређеног привредног система, који би био атрактиван за инвестирање и без субвенција државе. Као основни проблеми субвенционисања иностраних инвеститора код нас наводе се: субвенције нису системски уређене нити на транспарентан начин институционално формализоване, због чега се субвенције одобравају под различитим условима; кроз субвенције се ангажују огромна средства, која се одобравају на основу преговора од случаја до случаја; у тим преговорима учествују представници приватног капитала (страна предузећа) и наши политичари и државни службеници, који располажу новцем пореских обвезника; вероватно највећи проблем јесте, велика подложност процедура утврђивања субвенција разним облицима корупције (Маџар, 2016: 26–27).

---

16 Чл. 7 Закона о улагањима, *Сл. гласник РС*, 89/15 и 95/18.

17 Пословањем транснационалних компанија, као основних носилаца СДИ, и домаћим механизмима привлачења страних инвестиција у овом раду се детаљније не можемо бавити, због просторног ограничења (Видети: Ђорђевић, 2015: 48). О заступљености и ефектима страних инвестиција у Србији, као и ефектима субвенција и других државних мера, које су део политике привлачења страног капитала, видети: *Стране директне инвестиције и привредни раст у Србији*. (2016). Београд: Економски факултет у Београду.

#### 4.2. Извештај Европске комисије

Функционалност механизма контроле државне помоћи у Србији процењује се и од Европске комисије. У *Извештају Европске комисије о напретку Србије за 2019. годину*<sup>18</sup>, наводи се да препоруке из извештаја за 2018. годину нису спроведене и да није остварен никакав напредак у погледу усклађености законодавства и примене правила о државној помоћи. Оцена је ове Комисије да законодавство о контроли државне помоћи у Србији начелно одражава одредбе чланова 107 и 108 УФЕУ и релевантне одредбе ССП, мађутим, поједина законска решења нису усклађена. Посебно се наглашава да: треба укинути изузеће од правила о државној помоћи за привредна друштва у поступку реструктурирања и приватизације (напомена аутора: ово изузеће предвиђено је чланом 2 Уредбе о правилима за доделу државне помоћи), сагласно обавезама из Споразума о стабилизацији и придруживању; ускладити постојеће шеме помоћи, укључујући фискалне шеме државне помоћи укључене у Закон о порезу на добит правних лица, Закон о порезу на доходак грађана и Закон о слободним зонама, са регулативом ЕУ; значајно повећати буџет и извршна овлашћења Комисије за контролу државне помоћи (ККДП) како би се осигурала њена независност и делотворност; ускладити Закон о међубанкарским накнадама и посебним правилима пословања код платних трансакција на основу платних картица са регулативом ЕУ и обавезама из ССП (иако је овај Закон усвојен јуна 2018. године, члан 9 овог Закона није усклађен)<sup>19</sup>. У овом извештају се, такође, наглашава, да у складу са преузетим обавезама из ССП<sup>20</sup>, Комисија за контролу државне помоћи треба да појача своје напоре како би Европској комисији доставила информације о одређеном броју појединачних одлука којима се значајни износи државне помоћи одобравају важним актерима у привреди. Напомиње се и да Регионална мапа помоћи још није припремљена. ККДП је одговорна за спровођење Закона о контроли државне помоћи. Пет чланова ове комисије углавном именују министарства која додељују помоћ, а секретаријат ККДП је административни део Министарства финансија. Због тога се, како се у Извештају наводи, ККДП не може сматрати независном институцијом,

18 Министарство за европске интеграције РС. *Годишњи извештај Европске комисије о напретку Србије за 2019. годину*. Преузето 20.01.2020. [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/20190529-serbia-report\\_SR\\_-REVIDIRANO.pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/20190529-serbia-report_SR_-REVIDIRANO.pdf)

19 Закон о међубанкарским накнадама и посебним правилима пословања код платних трансакција на основу платних картица, *Сл. гласник РС*, 44/18.

20 Чл. 73. тачка 5. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 83/08.

како се то захтева у ССП. Осим тога, Комисија нема довољно кадрова нити буџет који би омогућио нормално функционисање. У извештају Европске комисије се наглашава да у овом периоду није било никаквог напретка у спровођењу државне помоћи. До фебруара 2019. године ККДП није донела ниједну одлуку којом се забрањује државна помоћ, нити одлуку у корист повраћаја. Скреће се пажња и на потребу усклађивања услова за „кумуляцију“ државне помоћи. ККДП би требало пажљиво да прати и спровођење међувладиних споразума склопљених са земљама које нису чланице ЕУ, који не би требало да предвиђају изузећа од националног законодавства, укључујући фискално законодавство и контролу државне помоћи. Свест о правилима државне помоћи међу заинтересованим странама и даље је ниска, посебно међу органима који додељују помоћ.

Због уочених недостатака у регулативи државне помоћи Србије, пре свега оних апострофираних од Европске комисије, донет је нови Закон о контроли државне помоћи, 2019. године, који је почео да се примењује 1. 1. 2020. године.

## 5. Регулаторни оквир државне помоћи у Србији

По угледу на регулативу ЕУ, Закон о контроли државне помоћи у Србији прихвата различите механизме реализације државне помоћи. Као инструменти доделе државне помоћи наводе се: субвенције (бесповратна средства), као и субвенционисана каматна стопа на кредите; фискалне олакшице (умањење или ослобођење од плаћања пореза, доприноса, царина и других фискалних дажбина); гаранције државе или другог даваоца државне помоћи, дате по условима повољнијим од тржишних; одрицање од добити и/или дивиденде државе, локалне самоуправе или правног лица које управља или располаже јавним средствима; отпис дуга према држави, локалној самоуправи или правном лицу које управља или располаже јавним средствима; продаја или коришћење имовине у јавној својини по цени нижој од тржишне; куповина или коришћење имовине по цени вишој од тржишне од стране државе, локалне самоуправе или правног лица које управља или располаже јавним средствима; и други инструменти у складу са ЗКДП<sup>21</sup>.

Давалац државне помоћи може бити надлежни орган РС, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, и свако друго правно лице које управља и/или располаже јавним средствима и додељује државну помоћ у било ком облику<sup>22</sup> (пример: Министарство привреде, Покрајински

21 Чл. 3, став 4 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

22 Чл. 4, став 1 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

секретаријат за културу, Град Ниш итд.). Давалац државне помоћи може бити и јавно предузеће, уколико се одриче својих прихода у корист одређеног привредног субјекта. Корисник државне помоћи је свако правно и физичко лице које обавља делатност производње или промета робе или пружања услуга на тржишту а коме се додељује државна помоћ у било ком облику<sup>23</sup> (на пример, привредни субјекти који добијају средства по основу конкурса Националне службе за запошљавање или појединачни корисник државне помоћи који добија регионалну инвестициону државну помоћ за реализацију конкретног инвестиционог пројекта). Супротно препоруци Европске комисије, садржане у њеном Извештају<sup>24</sup> о напретку Србије за 2019. годину, корисницима државне помоћи у Србији се не сматрају привредни субјекти у поступку приватизације<sup>25</sup>.

### **5.1. Државна помоћ: правила и изузеци**

Регулаторна решења у Србији која се односе на дозвољеност државне помоћи углавном су прилагођена регулативи ЕУ. Правно је уређена *увек усклађена (дозвољена) државна помоћ* и државна помоћ која може бити усклађена (дозвољена) у складу са Законом.<sup>26</sup> Међутим, поставља се питање оправданости решења да „услове и критеријуме усклађености државне помоћи ближе прописује Влада“<sup>27</sup>. Препорука Савета за борбу

23 Чл. 4, став 2 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

24 Министарство за европске интеграције РС. *Годишњи извештај Европске комисије о напретку Србије за 2019. годину*. Преузето 20. 1. 2020. [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/20190529-serbia-report\\_SR\\_-REVIDIRANO.pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/20190529-serbia-report_SR_-REVIDIRANO.pdf)

25 Чл. 2, тачка 1 Уредбе о правилима за доделу државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 13/10, 100/11, 91/12, 37/13, 97/13.

26 *Увек усклађена (дозвољена) државна помоћ* јесте државна помоћ која је социјалног карактера, а додељује се индивидуалним потрошачима ради отклањања штета проузрокованих природним непогодама или у другим ванредним ситуацијама. *Државна помоћ може бити усклађена*, ако се додељује у складу са Законом, посебно ради: унапређења економског развоја подручја у РС са изузетно ниским животним стандардом или са високом незапосленосту; ради отклањања озбиљног поремећаја у привреди РС или извођења пројекта од посебног значаја за РС и државу чланицу ЕУ (додато у односу на чл. 5, тач. 2 претходног ЗКДП); за унапређење развоја одређених делатности или подручја у РС, *ако се тиме не утиче на трговину између РС и земаља чланица ЕУ* (чл. 5, став 2, тачка 3 ЗКДП. У претходном ЗКДП чл. 5, тач. 3 – *уколико се тиме озбиљно не нарушава, нити постоји претња озбиљном нарушавању конкуренције на тржишту*); за очување културног наслеђа, *ако се тиме не нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту и утиче на трговину између РС и земаља чланица ЕУ* (додато у чл. 5, ст. 2, тач. 4 новог ЗКДП).

27 Чл. 5, став 3 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

против корупције<sup>28</sup>, да се донесе Закон о додели државне помоћи, јесте оправдана. Уколико би правила о додели државне помоћи била прецизирана у посебном закону, повећала би се ефикасност и одговорност у додели државне помоћи. Постојеће законско решење омогућава Влади да уместо спровођења закона има могућност да креира правила о додели државне помоћи.

Новим ЗКДП дефинисано је да накнаде за обављање *услуга од општег економског интереса*<sup>29</sup> не представљају државну помоћ, под одређеним условима<sup>30</sup>. Неспорно је да држава треба да обезбеди адекватно пружање услуга од општег економског интереса, то, међутим, не значи да овај вид њеног интервенционизма треба да буде неконтролисан. Трошење новца пореских обвезника, назвали то државном помоћи или не, у уређеном друштву подразумева одговорност и професионалност доносилаца одлука, као и могућност грађана да о томе буду у потпуности обавештени. Државном помоћи се не сматрају нити трансакције у вези којих се даваоци државне помоћи „понашају у складу са уобичајеним тржишним околностима у конкретної ситуацији, на начин како би се понашао типични учесник на тржишту у приватној својини, сходно условима и критеријумима које ближе уређује Комисија“<sup>31</sup>. Овако уопштено дефинисање трансакција које се не сматрају државном помоћи, притом препуштање Комисији да слободно прецизира услове, пружа могућност да многа државна трошења прођу без озбиљне контроле. Државну помоћ не представљају нити гаранције које даваоци помоћи дају у складу са тржишним условима; као и помоћ која

28 Савет за борбу против корупције. *Извештај о додели државне помоћи привредним субјектима у РС*. Преузето 7. 2. 2020. <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/sr-Cyrl-CS/izvestaji/cid1028-3272/izvestaj-o-dodeli-drzavne-pomoci-privrednim-subjektima-u-republici-srbiji>

29 Услуга од општег економског интереса је услуга чији квалитет, услове пружања, односно цену, уређује или контролише државни орган или други имаоци јавног овлашћења, нарочито због велике вредности почетних улагања, ограничености ресурса неопходних за њено пружање, одрживог развоја, друштвене солидарности и потребе за уједначеним регионалним развојем, а у циљу задовољења општег друштвеног интереса, а нарочито електронске комуникационе услуге, дистрибуција и јавно снабдевање електричном енергијом, дистрибуција и снабдевање гасом, дистрибуција и снабдевање топлотном енергијом, снабдевање пијаћом водом, одводњавање и пречишћавање атмосферских и отпадних вода, превоз путника у јавном превозу, поштанске услуге, одржавање чистоће, одлагање комуналног отпада, управљање и одржавање гробља, погребне услуге, одржавање чистоће на површинама јавне намене, одржавање јавних зелених површина и обављање димничарских послова (Чл. 5, тачка 24 Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, 62/14, 6/16 – др. закон и 44/18 – др. закон).

30 Чл. 6 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

31 Чл. 6, став 2 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

се додељује за обављање неекономских делатности које су у искључивој надлежности РС, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, као што су војска, полиција, безбедност и контрола авиосообраћаја, надзор против загађења и сл.<sup>32</sup>

У претходном ЗКДП нису биле дефинисане мере које не представљају државну помоћ, за разлику од актуелног Закона који предвиђа велики број изузетака. Уговор о функционисању ЕУ не дефинише накнаде које не представљају државну помоћ<sup>33</sup>, као што је то учињено у домаћем Закону. Помоћ мале вредности (*де минимис помоћ*)<sup>34</sup>, која нема значајан утицај на нарушавање конкуренције и на трговину између РС и ЕУ, не пријављује се Комисији, о оправданости доделе одлучује давалац ове помоћи, а Влада ближе уређује услове, горњу границу и друга правила у вези са њом. Када се свим изузецима од државне помоћи дода и нови кумулативни услов у дефинисању државне помоћи, - "и утиче на трговину између РС и земаља чланица ЕУ"<sup>35</sup>, област примене Закона о контроли државне помоћи значајно је сужена.

## **5.2. Нови положај Комисије за контролу државне помоћи**

Најзначајнија измена у новом Закону о контроли државне помоћи односи се на положај Комисије за контролу државне помоћи. Ова Комисија је, новим Законом, добила положај самосталне и независне организације, која за обављање послова из своје надлежности одговара Народној скупштини.<sup>36</sup> Одлуку о избору председника Комисије и члана Савета доноси Народна скупштина већином гласова свих народних посланика по предлогу одбора Народне скупштине надлежног за послове финансија.<sup>37</sup> У претходном Закону, Комисију је образовала Влада на предлог надлежних министарстава<sup>38</sup>, која су уједно била и даваоци државне помоћи. Овом регулаторном променом, створена је могућност да се битно побољша национална контрола државне помоћи. Контрола државне помоћи јесте озбиљна и осетљива област, с обзиром на то ко се контролише. Због тога,

32 Чл. 6, став 3 и 4 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

33 Чл. 107, тачке 2 и 3 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (у наставку текста УФЕУ), *Official Journal C 326*, 26/10/2012 P. 0001 - 0390.

34 Чл. 8 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

35 Чл. 3, став 1 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

36 Чл. 9 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

37 Чл. 12, став 3 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 73/19.

38 Чл. 6 Закона о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 51/09.

надлежно тело за контролу државне помоћи треба да функционише на начин сличан Европској комисији. Оно треба да натера учеснике у систему државне помоћи да се понашају одговорно и припреме за строги систем контроле који постоји у ЕУ. Европска комисија има ексклузивну надлежност да регулише политику конкуренције и државне помоћи ЕУ. „Политика конкуренције је једно подручје у коме су земље чланице заиста пренеле велики део суверенитета на супранационални ниво“ (Baldwin et al. 2010: 426).

## 6. Закључак

Државна помоћ ствара користи за једне привредне субјекте и трошкове за друге, притом ремети слободно тржишно надметање и утиче на друштвено благостање. У исто време, неке мере државне помоћи могу бити оправдане. Снажне економске импликације државне помоћи намећу потребу за контролом ових мера државног интервенционизма. Са аспекта економске струке, анализом трошкова и користи, може се проценити оправданост сваке појединачне државне помоћи, међутим, до тих анализа не долази уколико не постоји изграђен правни и институционални систем контроле ове помоћи. Пракса је показала да изградња функционалног система контроле државне помоћи није нимало лак задатак. ЕУ спроводи строгу контролу државне помоћи земаља чланица у циљу заштите конкуренције на јединственом европском тржишту. Земље кандидати за чланство имају обавезу да имплементирају европске стандарне и изградбе ефикасан систем националне контроле државне помоћи, како би се припремиле за прихватање овог система контроле у ЕУ. Десетогодишње настојање Србије да испуни ову обавезу према ЕУ показало се недовољним. Најпре је донет Закон о контроли државне помоћи 2009. године, у великој мери по угледу на регулативу ЕУ, са прокламованим циљем заштите конкуренције на националном тржишту. Формирана је и Комисија за контролу државне помоћи, која није имала статус независне институције. Резултати контроле државне помоћи у Србији нису задовољавајући ни по оцени Европске комисије, нити појединих домаћих истраживања. Општи је утисак да надлежни државни органи (даваоци државне помоћи) нису вољни да њихове мере буду предмет озбиљне контроле од националних институција и стручне јавности. Ипак, критичке реакције, усмерене на механизам националне контроле државне помоћи, утицале су на доношење новог Закона и креирање нове позиције Комисије за контролу државне помоћи. Комисија је нормативно постала независно тело, али је нови Закон поставио и нови циљ, а то је заштита конкуренције на јединственом европском тржишту, уместо заштите конкуренције на националном тржишту, како је

то било прокламовано у претходном Закону. Многе одредбе новог Закона показују да и даље постоји могућност избегавања суштинске контроле државне помоћи и да су многа државна трошења проглашена изузецима од државне помоћи. Време ће показати да ли је истински промењена позиција Комисије за контролу државне помоћи и да ли ће она успети, у постојећем регулаторном и институционалном систему, да се избори за позицију ауторитативног тела у систему државне помоћи. Велики проблем у њеном досадашњем раду био је недостатак информација које су биле ускраћене од давалаца помоћи, али и од корисника у вези са начином трошења примљене помоћи. Од Комисије се, у будућем периоду, очекује и коректно објављивање информација и прослеђивање Европској комисији, не само о додељеним већ и планираним помоћима. Посебан напор Комисија треба да учини на повраћају државне помоћи у случају несврсисходног коришћења. Изградња ефикасног механизма контроле државне помоћи није нимало једноставан подухват, пре свега због предмета контроле. Квалитетна регулатива јесте основа ове контроле, али је недовољна без стручних и независних институција које је примењују, владавине права и независног судства, сузбијања корупције и развоја других индикатора економских слобода.

### Литература /References

Baldwin, R. Wyplosz, Ch. (2010). *Ekonomija evropskih integracija*, Beograd: DASTATUS.

Беговић, Б. Павић, В. (2012). *Увод у право конкуренције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Дивљак, Д. (2011). Државна помоћ у праву ЕУ и национално право. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 363–377.

Ђорђевић, А. (2015). Транснационалне компаније и ефекти њиховог пословања на привреду Србије. *Банкарство*. 1. 48–77.

EUR – Lex Access to European Union law. *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*. Преузето 23. 5. 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

Закон о контроли државне помоћи. *Службени гласник РС*. Бр. 51. 2009.

Закон о контроли државне помоћи. *Службени гласник РС*. Бр. 73. 2019.



Закон о међубанкарским накнадама и посебним правилима пословања код платних трансакција на основу платних картица. *Службени гласник РС*. Бр. 44. 2018.

Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 83. 2008.

Закон о заштити потрошача. *Службени гласник РС*. Бр. 62.2014. 6.2016. – др. закон и 44.2018. – др. закон.

Закон о улагањима. *Службени гласник РС*. Бр. 89. 2015 и 95. 2018.

Јовановић, А. (2019). Србија и економске импликације владавине права, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 85. 55–72.

Комисија за контролу државне помоћи. *Годишњи извештаји*. Преузето 7. 2. 2020. <http://www.kkdp.gov.rs/izvestaji.php>

Комисија за контролу државне помоћи РС. *Извештај о додељеној државној помоћи у РС 2018. године*. Преузето 20. 5. 2020. <http://www.kkdp.gov.rs/doc/izvestaji/Izvestaj-o-dodeljenoj-drzavnoj-pomoci-u-Republici-Srbiji-u-2018-go-dini.pdf>

Lopez, J. J. P. (2015). *The Concept of State Aid Under EU Law From internal market to competition and beyond*. Oxford University Press.

Маџар, Љ. (2016). Стране инвестиције у економској политици Србије. У: Ковачевић, Р. и Глигорић, М. (Прир.). *Стране директне инвестиције и привредни раст у Србији*. Београд: Научно друштво економиста Србије са Академијом економских наука и Економски факултет у Београду. 11–34.

Министарство за европске интеграције РС. *Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране*. Преузето 26. 2. 2020. [https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi\\_sa\\_eu/ssp\\_prevod\\_sa\\_anexima.pdf](https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf)

Министарство за европске интеграције РС. *Годишњи извештај Европске комисије о напретку Србије за 2019. годину*. Преузето 20. 1. 2020. [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/20190529-serbia-report\\_SR\\_-\\_REVIDIRANO.pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/20190529-serbia-report_SR_-_REVIDIRANO.pdf)

Nicolaidis, Ph. Bilal, S. (1999). State Aid Rules: Do they Promote Efficiency? U: Nicolaidis, Ph. i Bilal, S. (Prir.). *In Understanding State Aid Policy in the European*

*Community: Perspectives on Rules and Practice.* European Institute of Public Administration: Kluwer Law International. 29–46.

Николић, Љ. (2019). Политика заштите конкуренције у Србији – домети и ограничења. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 84. 151–170.

Савет за борбу против корупције. *Извештај о додели државне помоћи привредним субјектима у РС*. Преузето 7. 2. 2020. <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/sr-Cyrl-CS/izvestaji/cid1028-3272/izvestaj-o-dodeli-drzavne-pomoci-privrednim-subjektima-u-republici-srbiji>

*Стране директне инвестиције и привредни раст у Србији*. (2016). Београд: Економски факултет у Београду.

Транспарентност Србија. *Државна помоћ – промишљено улагање или скривена корупција?* Преузето 20. 5. 2020. [https://www.istinomer.rs/pictures/wledit\\_pdf/622770574875176.pdf](https://www.istinomer.rs/pictures/wledit_pdf/622770574875176.pdf)

Уредба о правилима за доделу државне помоћи. *Службени гласник РС*. Бр. 13.2010. 100.2011. 91.2012. 37.2013. 97.2013.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390*

Cremona, M. (2003). State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements. *European Law Journal*, Vol. 9. No. 3. 265–287.

**Ljubica Nikolić, L.L.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš,

## **STATE AID AND FAIR COMPETITION**

### **Summary**

*State aid (giving economic advantage to certain economic entities or groups of economic entities by granting subsidies and loans under more favorable conditions, state guarantees, tax breaks and tax exemptions, selling public property under particularly favorable conditions, etc.) may be economically justifiable but entails the risk of distortions of market competition. The EU has strict rules in the area of providing and controlling state aid, which aim to minimize state aid while minimizing competition. Fulfilling some of the commitments undertaken in the EU accession process, the Republic of Serbia passed the State Aid Control Act in 2009, which ceased to be valid with the adoption of a new State Aid Control Act in 2019. The share of state aid in Serbia's GDP is substantial but insufficiently transparent, which justifiably raises the issue of its impact on fair competition. The reform of the Serbian state aid policy is necessary, first and foremost, in order to significantly reduce this aid and to properly select the beneficiaries. The starting point for an effective state aid policy is legal regulation and its implementation but, above all, the genuine independence and responsibility of the institutions in charge of controlling its implementation. It is necessary to find modalities that will ensure that the general interest and economic efficiency are above individual interests. This paper aims to promote awareness about the impact of state aid on economic efficiency, to analyze the legal solutions and the institutional framework in this field in Serbia, and to present the EU state aid policy. The emergence of excessive, improperly selective and uncontrolled state aid can have profound negative consequences on social well-being, for which reason it is necessary to properly standardize and implement the rules envisaged in this area of law.*

**Keywords:** state aid, regulation, state aid policy, economic effects, EU.



**Др Предраг Димитријевић,\***  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу  
**Др Невена Миленковић,\***  
Асистент, Правни факултет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-27967

UDK: 342.9:35.077.2(497.11)  
Раd примљен: 13.08.2020.  
Раd прихваћен: 08.10.2020.

## **СВРХА ПРАВНИХ СРЕДСТАВА У УПРАВНОМ СПОРУ**

**Апстракт:** Правна средства у управном спору чине деликатно и парадоксално подручје управно-процесног права. Њихова употреба за последицу може имати кршење неких од темељних принципа на којима почива управно-процесно право: коначност, извршност, правоснажност, заштита стечених права, правна сигурност, итд. Деликатност и парадоксалност леже у томе што, иако инспирисана идејом заштите права, слобода и обавеза странака из управног поступка од неправилности у раду управе, и сама једнако могу довести до кршења или осујећења њиховог коришћења. Правна средства у управном спору установљена у сврху заштите одређених вредности могу довести до супротног ефекта – недовољности или чак одсуства заштите која оправдава њихов управно-процесни егзистенцијализам.

Намера нам је да на темељу испитивања њихове учинковитости (делотворности) у пракси пружимо одговор на питање: да ли је постојећи систем правних средства у управном спору кадар да одговори законској сврси свог постојања? Уколико анализа покаже да са важећим пакетом правних средстава у управном спору, то није случај, то би био најпозданији позив на реформу.

**Кључне речи:** правна средства у управном спору, делотворност, реформисање управно-судске заштите.

---

\* pecad0909@gmail.com, peca@prafak.ni.ac.rs

\* nevena.petrovic@pr.ac.rs

## 1. Појам и сврха правних средстава у управном спору

У најопштијем смислу, под правним средствима подразумевају се изјаве воље (процесне радње)<sup>1</sup> којима странке и други овлашћени субјекти<sup>2</sup> захтевају од надлежног органа да правни акт који сматрају незаконитим или нецелисходним санира, односно уклони (поништи или укине) или измени. Правна средства су и оне процесне радње које надлежни органи врше по службеној дужности – поништавајући, мењајући или укидајући донету одлуку (Милков, 2017: 222).

Било да иницијатива за њихово активирање долази споља (од стране странака) или „изнутра” (од стране органа доносиоца или неког другог), функција коју врше једнако доводи до испуњења двојаког циља: заштите индивидуалних права и интереса странака и објективне законитости. Само што се сваки од наведених циљева једном јавља као примарни и непосредни, а други пут као узгредан и посредан, већ у зависности од тога ко посеже за правним средством.

Ово вреди и за циљеве управнога спора. Законска конструкција управног спора треба да обезбеди: „... судску заштиту појединачних права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним појединачним правним стварима”.<sup>3</sup>

Језичко тумачење цитиране одредбе даје основа за закључак да се њоме заправо одређује циљ закона (ЗУС-а) у целини. Што ће рећи да све његове припадајуће одредбе, како оне којима је регулисан поступак примарне управно-судске заштите, тако и оне које уређују поступак по правним средствима, служе једнаком циљу. Уистину, судска заштита именованим

1 Изјава воље странке представља спољашњи, формализовани израз унутрашњег незадовољства странке поступком и/или садржином донесеног акта којим се реализује једна процесна радња у управном (и другом правном) поступку усмерена на отклањање последица тог акта, односно исходавање повољнијег решења по њеног изјавиоца. Стога се у литератури при одређењу правног средства као полазна одредница често може срести било термин изјава воље или процесне радње (којом се у суштини воља манифестује).

2 Право на употребу појединих правних средстава се у управном поступку ставља на располагање и лицима која у поступку нису учествовала и која немају статус странке у поступку, али њихови интереси могу бити тангирани исходом тог поступка. Нпр., у поступку издавања грађевинске дозволе, лице које је сусед лица које је поступак за издавање предмете дозволе покренуло и исту добило није учествовало и нема статус странке. Међутим, изградњом објекта за који је дозвола добијена (примерице фабрике) у непосредној близини његовог поседа, његови интреси могу бити угрожени, због чега се и таквим лицима омогућава да заштите своје законом гарантоване интересе.

3 Чл. 1, ст. 2 Закона о управним споровима, *Сл. гласник РС*, 111/09.

правним добрима пружа се како у поступку по иницијалној тужби, тако у поступцима по изјављеним правним средствима. Но, да ли то нужно значи да су циљеви и функције двеју фаза управног спора апсолутно (садржински) једнаке?

У ситуацијама када управни спор није успео да обезбеди остварење оних циљева због којих је стављен у погон, терет заштите и остварења тих неостварених циљева преноси се на правна средства из управног спора. У томе контексту посматрано, она представљају телеолошки наставак управног спора, надовезују се на њега и преузимају на себе испуњење првобитно иницијалној фази управног спора намењених али, неиспуњених циљева. Будући да управни спор није успео да их оствари у фази примарне заштите, они се сада – изјавом воље странке или другог овлашћеног субјекта, „пребацују на плећа” управно-судских правних средства. Следећи ту логику, долазимо до тога да су циљеви управног спора у фази примарне и секундарне заштите (фази по правним средствима), идентични. Да ли је заиста тако?

У управном спору (примарној фази), права и интереси странака произишли из решавања у управним или другим, са њима уподобљеним појединачним правним стварима, као и законитост решавања уопште (општа, објективна законитост, независно од тога да ли је у исти мах повређено и субјективно право или интерес странке) штите се од управе. Суд штити заштићена правна добра од неправилности (и последица које те неправилности собом повлаче) насталих искључиво и само у раду управе.

Са друге стране, правним средствима из управног спора, како је већ речено, штите се иста добра. Међутим, док се у односу на фазу примарне управно-судске заштите, у којој се та добра штите од повреда и угрожавања нанетих искључиво неправилним (незаконитим или нецелисходним) (не)деловањем управе, дакле једнога субјекта као њиховог повредиоца, у наредној фази – секундарне заштите, правно заштићена добра (а заправо, у примарној фази незаштићена) могу бити (и) накнадно повређена од стране онога субјекта који је иницијално био позван да их (за)штити. Уместо да их заштити, он их додатно повређује. Посреди је двострука повреда истих добара (вредности), од стране два различита субјекта – управе и Управног суда. Заштићена добра трпе двоструку повреду, па стога правна средства имају да отклоне неправилности настале у раду не више само једног, већ сада два органа (двоструку неправилност). Тако, „дупле“ грешке подразумевају већи степен угрожености или повреде правно зајемчене вредности. Задатак правних средстава у управном спору који те грешке имају да отклоне је сложенији и значајнији у односу на

заштићена правна добра, наспрам задатка (циља) стављеног управном спору у фази примарне контроле, где је “количина” неправилности мања а могућности за правну интервенцију шире и подобније да пружи пунију заштиту. Отуд, ако смо закључили да је циљ управног спора двојак: судска заштита индивидуалних субјективних права и објективне законитости од неправилности причињених у раду управе, не можемо а да циљ (задатак) правних средстава из управног спора не одредимо као тројак. Наиме, поред двојаког циља (задатка) из примарне фазе управног спора, који је остао нереализован, она имају још и један – да отклоне повреде настале од стране Суда, којима се једнако могу вређати, како права и интереси странака (сада из управног спора), тако и принцип легитимитета.

Иако смо за циљ управно-судских правних средстава утврдили да има појачану релевантност, како са аспекта људских права, тако са становишта објективне законитости, постојеће позитивним нормама дате могућности да се речене вредности њима заштите, остављају утисак о постојању не баш јасне, потпуне и исправне свести о значају и сврси коју она у правном систему имају (Миленковић, 2020: 330).

## **2. Правни основ (утемељење) права на правно средство**

Темељ права на правно средство проналазимо у највишем правно-политичком акту – Уставу Републике Србије: „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу”.<sup>4</sup> Устав гарантује свакоме чија су права, обавезе или на закону засновани интереси погођени (појединачном) одлуком – право на правно средство, не ограничавајући домашај ове одредбе на одлуке одређеног органа (власти). Одатле произилази да су њоме „покривене” и појединачне одлуке органа управе, будући да се и њима задире у индивидуалну правну сферу правних субјеката из управног поступка. Штавише, не би било погрешно сматрати да се ова одредба чак превасходно односи на субјекте погођене одлукама управе, имајући у виду чињеницу да је управа најчешће позвана да применом јавних овлашћења одмери права, обавезе и интересе грађана и других странака, те да из те фреквентности одлучивања (потенцијално) најчешће и могу произићи повреде у сврху чијег је санирања установљено ово право.

Спуштајући се лествицама правних аката наниже, проналазимо и друге у којима је ово право на мање/више идентичан начин предвиђено. Неки од њих нису, истина, (чисто) националног карактера, већ су у унутрашњи

---

4 Чл. 36. ст. 2 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.



правни поредак имплементирални поступцима ратификације, из којих разлога се сматрају његовим интегралним делом.

У чл. 2, ст. 3 Међународног пакта о грађанским и политичким правима се каже: „Државе чланице овог пакта се обавезују да гарантују да се свако лице чија су права и слободе признати овим пактом повређени може користити правом жалбе...”

Универзална декларација о људским правима у члану 8 прописује да „... свако има право на делотворан правни лек пред надлежним националним судовима...”

Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 13 изричито јемчи „право на делотворан правни лек”.

Надаље, како је наша земља постала чланом Савета Европе (СЕ), ваља на овоме месту поменути као релевантне и неке акте (Резолуције и Препоруке) Комитета министара СЕ, иако формално-правно немају обавезујућу правну снагу. На првоме месту, то је свакако Резолуција о заштити појединаца у односу на акте органа управе и Препорука Р (20) о судској ревизији аката управе, којима се у области заштите људских права установљавају стандарди испод којих у националним системима не би требало ићи.

### **3. Право на правно средство и право на делотворно правно средство**

Право на правно средство се у данашње време појачане друштвене и правне свести о значају поштовања и ефикасног остваривања људских права и слобода, под снажним утицајем јуриспруденције ЕСЉП, али (све више) и највиших судова на националном нивоу (Уставног, ВКС), тумачи у ширем контексту као право на делотворно правно средство. Из тог угла гледано, право на правни лек не исцрпљује се искључиво у пукој могућности његовог изјављивања, већ подразумева и делотворност, односно подобност уложеног лека да пружи ефикасну правну заштиту (Димитријевић, 2019: 439).

Претерани формализам, што је била карактеристика ранијих закона о општим управним поступцима, приликом тумачења и примене ЗУП-а и материјалних закона може значити и повреду права на коришћење делотворног правног лека (Блажић, 2019: 290).

Сврха права на правно средство није у формалном постојању правне прокламације којом се оно јемчи независно од тога да ли је и колико оно у пракси применљиво, већ у његовој реалној способности да на практичном

плану испуни задатак (циљ) ради којег је у систем правних лекова и унет и на тај начин оправда своје постојање.

Правни лекови, а то се нарочито односи на оне ванредне, могу у мањој или већој мери, у зависности од начина на који су конципирани у позитивном законодавству, да пољуљају или чак озбиљније наруше неке од кључних принципа управно-процесног права. Ово стога што се неки од њих изјављују против коначних, а неки чак и противу извршних и правоснажних управних аката. Будући да су управни акти врста појединачних правних аката, којима се уређују индивидуалне правне ситуације странака у управним стварима, тј., да се њима одлучује о материјално-правним правима и обавезама странака, а посредством правних лекова, ови се из правног поретка уклањају (поништавају, укидају) или мењају, тиме се нарушава принцип стечених права и начело правне сигурности. С тим у вези, приликом правног уређења „пакета“ правних лекова у било ком правном поступку, једнако вреди и за управни и управно-судски поступак, од изузетне је важности бити максимално обазрив, јер настојећи да се заштите одређена правна добра и вредности (најчешће права странке и објективна законитост или принцип законитости), уводе се, а некад и гомилају правни лекови, без вођења рачуна да се тиме могу нарушити или ослабити неки од важних принципа управно-процесног права (нпр. принцип правноснажности, ефикасности и сл.). Инсистирање на неким правним принципима (нпр. принцип законитости) може имати за последицу мањак правних средстава у одређеном правном поступку, чиме се лимитирају могућности да се одређена правна добра заштите, што може изазвати посезање странка за наднационалним инструментима заштите. Резултат је, додуше, практично исти и када у систему правне заштите постоји довољан или чак и већи број лекова од стварно потребног али су пројектовани тако да не пружају могућност (делотворне) заштите(Димитријевић,2004: 145–171).

Стога је одмеравање оптималне мере, или оптимизација правних лекова у управном спору, кључ квалитетног система правних лекова који ће бити квалификовани да остваре постављене циљеве. Практичне консеквенце постојања и употребе правних средстава на теоријском плану поново чине актуелним питање правоснажности управног акта(Димитријевић, 2007: 741–762).

#### **4. Емпиријски приказ делотворности правних средстава у управном спору**

Правоснажно и по странку повољно окончани поступци примарне управно-судске заштите, код странака „гасе“ мотив и потребу за даљим

правно-заштитним поступцима. Ако повољно окончани правни поступци демотивишу странке од даљег правног војевања, чинећи га непотребним, *a contrario*, по странку неповљно окончани поступци мотивишу странку да настави борбу преосталим расположивим правним средствима и поступцима.

То показује да начин на који Управни суд у пракси реализује примарну управно-судску заштиту може утицати на следећу – секундарну управно-судску, а посредно и на по њој следећу друге видове правне заштите. Конкретно, ако је начин на који је Суд у конкретном случају поступио такав да је поступак окончан повољно по странку, до продужавања поступка, најпре у фази секундарне управно-судске заштите, а потом потенцијално и других врста правних поступака, засигурно неће доћи. Странка је задовољна исходом поступка, односно у њему пруженом заштитом, па нема потребу за даљом заштитом која би захтевала продужавање поступка.

И обрнуто. Када је Суд у пракси поступио на такав начин, односно применио таква овлашћења којима је поступак неповољно окончан по странку, постоји велика вероватноћа да ће незадовољна странка наставити са поступком, најпре посежући за правним средствима којима иницира секундарну управно-судску заштиту (под условом да су за њихову употребу у конкретном случају испуњени законски услови), а потом, ако ни са њима не успе, срећу окушати пред другим домаћим и/или међународним инстанцама.

Са друге стране, треба пажљивије анализирати термин „поступак повољно окончан по странку”, јер оно што је повољно за једну странку, по правилу је неповољно за другу. У горњем пасусу под „странком” у наведеном термину имали смо у виду превасходно тужиоца. Но, сходно чл. 10 ЗУС-а, под странком у (целокупном) управном спору ваља разумети и туженог и заинтересовано лице. Отуд, термин „поступак повољно окончан по странку” треба разматрати са аспекта свих странака.

Имајући у виду да правна средства у управном спору постоје и ради заштите других странака (туженог и заинтересованог лица), па и у интересу објективне законитости,<sup>5</sup> а нарочито чињеницу да у одсуству података о начину решавања Управног суда, тј. броја у оквиру једне године (усвојених, одбијених и одбачених тужби),<sup>6</sup> наспрам броја укупно решених предмета,

---

5 Јер, према чл. 1 ЗУС-а, којим је дефинисан циљ управног спора, овај се (циљ) састоји и у “обезбеђивању законитости решавања у управним и другим ... појединачним стварима.”

6 Предмети по тужби окончани одбацивањем и одбијањем тужбе могли би се збирно представити као “неповољно окончани по тужиоца”.

није могуће дати прецизан податак о томе колики је процент поднетих захтева (чл. 49 ЗУС-а) на одлуке којима је по странку-тужиоца<sup>7</sup> спор неповољно окончан. Учесталост захтева за преиспитивање судске одлуке можемо оценити према броју укупно решених предмета (независно од начина на који су решени, тј., повољно или неповољно по покретача спора).

Год.	Укупан бр. захтева у раду ВКС	Укупан бр. потврђених одлука	Укупан бр. преиначених одлука	Укинуто и враћено на поновни поступак	Број судија	Решени предмети у Управном суду
2013	173	157 (90,7%)	3 (1,7%)	13 (7,5%)	27	18.277
2014	134	115 (85,8%)	3 (2,2%)	16 (11,9%)	35	20.149
2015	404	374 (92,5%)	6 (1,4%)	24 (5,9%)	38	18.681
2016	337	301 (89,3%)	11 (3,2%)	24 (7,1%)	38	19.274
2017	401	351 (87,5%)	37 (9,2%)	13 (3,2%)	39	19.180
2018	363	341 (93,9%)	7 (1,9%)	12 (3,3%)	36	18.666
1.1. 2013. - 30.6. 2019.	1.1. 147	1.2. 141 (95,9%)	1.3. 2 (1,3%)	1.4. 4 (2,7%)	1.5. 43	1.6. 10.864

**Табела бр. 1.** *Захтев за преиспитивање судске одлуке* (Миленковић, 2020: 139).<sup>8</sup>

Уколико број укупно решених предмета упоредимо са бројем уложених захтева то би према периодама изгледало: у 2013. на одлуке Управног суда уложено је 0,9% захтева; у 2014. – 0,6%; у 2015. – 2,1%; у 2016. – 1,7%; у 2017.

7 Намера да се учесталост захтева “одмери” наспрам по тужиоца неповољно решених управних спорова била је инспирисана двојаким разлозима: 1. чињеницом да је управо тужилац странка која управни спор покреће у циљу заштите својих права, интереса и обавеза од неправилности насталих у раду управе; 2. други разлог консеквентно следи из првог: правна средства у управном спору су само наставак, телеолошки “продужетак” који се остварује преласком из примарне – по тужби, у фазу секундарне – по њима (правним средствима) управно-судске заштите, па је и њихово коришћење, пре свега, инспирисано потребом заштите странке која је у претходној фази спора није добила.

8 Извор статистичких података представљају Информатори о раду Управног суда за 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018. и период 1. 1. 2019. – 12. 7. 2019, доступни на сајту Управног суда. Преузето 5.8.2020. <http://www.up.sud.rs/cirilica>

– 2%; у 2018. – 1,9 % и првом шестомесечју 2019.–1,3% захтева (Миленковић, 2019: 366).

Проценти у којима се анализирано правно средство користи, односно број у току једне године изјављених захтева за преиспитивање судске одлуке наспрам броја у истом периоду решених предмета пред Управним судом, изражава меру фреквентности његовог коришћења. Увидом у процентуално добијене вредности (0,9; 0,6; 2,1; 1,7; 2; 1,9; 1,3) опажамо да је учесталост захтева у пракси крајње ниска. Ни у једном извештајном периоду та вредност није прешла 2% (сем у 2015). Ако се саберу све процентуалне вредности и поделе са бројем периода у којима су реализоване, следи да је у посматраном периоду (1.1.2013. – 30.6.2019) учесталост захтева у пракси износила приближно 1,5 %. Дакле, на сто одлука улагано је између једног и два захтева.<sup>9</sup>

Узроке овако ниској стопи употребе захтева за преиспитивање судске одлуке у пракси треба, пре свега, тражити у његовој ванредној природи, са свим консеквенцама које из ње следе а нарочито крајње рестриктивно постављеним условима под којима је коришћење захтева правно допуштено. То важи у погледу сва три типа ситуација у којима закон допушта захтев.<sup>10</sup>

Ширу примену захтева за преиспитивање судске одлуке имао је потенцијала да обезбеди важећим законом успостављени начин одлучивања Управног суда – утврђивањем чињеничног стања на расправи (одлучивањем суда у пуној јурисдикцији), што је један од типова ситуација када је захтев дозвољен. Међутим, како ова солуција није заживела у пракси Управног суда, у томе је један од узрока ограничене примене захтева у пракси.

Утисак да захтев за преиспитивање судске одлуке, као нетипично ванредно правно средство,<sup>11</sup> које је вештачки исконструисано мимо његове суштине,<sup>12</sup> поприма лик редовног правног лека, што се чини се, додатно хтело нагласити и изостављањем из његовог назива атрибута “ванредно”, бледи са дубљим загледањем у позитивно-правни режим захтева.

---

9 До истог резултата се долази и уколики се укупан број у посматраном временском раздобљу решених предмета пред Управним судом (125.091) доведе у пропорционални однос наспрам укупног броја у истом термину уложених захтева (1.959). Следи:  $1959 \times 100 / 125.091 = 1,56\%$ .

10 Чл. 49, став 1, тачка. 1, 2 и 3 Закона о управним споровима, *Сл. гласник РС, 111/09*.

11 Нпр. могућност позивања подносица захтева на широк круг материјалних и процесних грешака незаконитости.

12 Све са циљем како би се, са позиције норме, захтев из чл. 49 ЗУС-а могао представити као делотворан, односно подобан да „надомести” одсуство редовног правног лека.

Кад се загребе испод површине, подробном анализом условљености захтева законом предвиђеним кондицијама, бива довољно јасно да је правна заштита која се по њему пружа и остварује далеко, чак се не може озбиљно ни поредити са оном коју обезбеђује жалба као редован правни лек. Тај закључак аргументовано потврђује спроведено истраживање о учесталости примене захтева за преиспитивање судске одлукеу пракси.

Изведени закључак би вредео чак и при хипотези да је у свим случајевима када је у пракси дошло до употребе захтева за преиспитивање судске одлуке, остварена потупна заштита, односно циљ које ово правно средство пружа. Чак и уколико је странка успела да путем захтева у потпуности заштити своја права, интересе или обавезе, број случајева у којима је дошло до његовог практичног конзумирања је занемарљив у поређењу са укупним бројем донетих одлука којима нека од странака није била задовољна, али није могла да тражи заштиту путем захтева, јер се њена ситуација није уклапала у „скупчени” законски калуп једне од три ситуација када је пружање управно-судске заштите по захтеву од стране највише управно-судске инстанце дозвољено.

Ако коришћену хипотезу, од које смо пошли као од идеалног стања, оставимо по страни и заменимо реалним стањем, односно квалитетом и степеном заштите која се у пракси по захтеву пружа, изведени закључак о немогућности захтева да надомести жалбу у управном спору постаје још убедљивији.

Подаци из Табеле 1 то приказују. Уколико погледамо начин, односно структуру овлашћења којима се ВКС најчешће служи у поступцима поводом захтева (чл. 49 ЗУС-а), увиђамо да, не само што заштита по захтеву у пракси није потпуна, већ у највећем броју случајева она изостаје, потврђивањем захтевом побијаних одлука Управног суда. Овим овлашћењем ВКС се највише служи. У посматраним периодима, суд се користио овим прерогативом, односно подносилац захтева, услед потврђивања њиме (без успеха) побијане одлуке, није са захтевом успео да добије заштиту у следећем (процентуалном) обиму: 90,7%; 85,8%; 92,5%; 89,3%; 87,5%; 93,9% и 95,9% (по ИП). Збрајањем просечних вредности, те дељењем добијеног збира са бројем периода (7), намеће се закључак да ВКС у просечно 90,8% случајева одбија захтев – потврђује одлуку Управног суда.<sup>13</sup>

13 Готово идентичан закључак произилази из званичног дописа Управног суда (Бр. Су V-35 390/2019), добијеног поводом захтева за приступ информацијама од јавног значаја. У допису се наводи податак да је ВКС у периоду од 11.2010. – 30.11.2019. године донео одлуку у 2.817 предмета формираних по захтеву за преиспитивање одлуке Управног суда, и то тако што је: 2.581 одлуку Управног суда потврдио; укинуо 154; преиначио 77 и делимично преиначио или делимично укинуо 5 одлука. Обрадом

Из презентованог следи да се на 100 одлука Управног суда у просеку уложи један до два захтева.<sup>14</sup> Како на годишњем нивоу Управни суд просечно реши око 20.000 предмета, то би значило да се на тај број одлука у истом периоду уложи око 300 захтева (Миленковић, 2020: 374).

Уколико овај податак доведемо у везу са претходно изведеним, по коме ВКС у 90,8% случајева потврђује одлуку која се захтевом напада, произилази да на годишњем нивоу, од укупног броја уложених захтева (просечно 300), ВКС заштиту по захтеву одбија, потврђујући одлуку Управног суда, у чак 272 случаја. Дакле, у укупно 28 случајева на годишњем нивоу странке успевају да остваре одређену, не увек потпуну заштиту по захтеву (чл. 49 ЗУС), у зависности од тога да ли је суд у случају његова уважавања ранију одлуку укинуо и вратио на поновни поступак Управном суду или преиначио (када је заштита потпуна).

Подаци наведени у Табели 1 показују да се ВКС у поступцима поводом захтева у занемарљивој мери служи овлашћењем преиначавања, што је по странку најповољније: 1,7%; 2,2%; 1,4%; 3,2%; 9,2%; 1,9% и 1,3% (посматрано по периодима), док се укидањем служи у нешто већој мери: 7,5%; 11,9%; 5,9%; 7,1%; 3,2%; 3,3% и 2,7% (по периодима). Према томе, у свеукупно реализованим овлашћењима ВКС преиначавање партиципира са укупно 2,9%, а укидање са 5,9%. Дакле, поводом 300 изјављених захтева на годишњем нивоу, ВКС приближно 9 одлука Управног суда преиначава, односно 18 укида и враћа на поновни поступак.

---

података закључујемо да ВКС у 91,6% потврђује одлуку Управног суда – не обезбеђујући, дакле, ни минималну заштиту по захтеву, док одређени степен заштите пружа у око 8% случајева: укидањем у око 5,4% случајева и преиначавањем у свега 2,7%. Наведени статистички податак – 2.817 предмета формираних по захтеву за преиспитивање одлуке Управног суда, према допису Управног суда укључује како иницијалне захтеве из чл. 49, тј., оне које су странке директно улагале на одлуке Управног суда донете по тужби (којом је управни спор био покренут), тако и захтеве уложене на одлуке Управног суда донете у поступку по тужби за понављање поступка.

<sup>14</sup> Математичка прецизност би налагала да се каже 1,5, али рогобатно звучи једанипо захтев, стога користимо термин “1 до 2” захтева.

ИП	Број нерешених предмета на почетку ИП	Број примљених предмета у току ИП	Укупан број предмета у току ИП	Број решених предмета у току ИП	Број мериторно решених предмета	Број предмета решених на други начин
2013	244	152	396	225	217	8
2014	171	174	345	183	175	8
2015	162	150	312	171	165	6
2016	141	156	297	128	125	3
2017	169	116	285	107	105	2
2018	178	89	267	121	119	2
1.1.2019 - 30.6.2019.	109	56	165	53	33	20

**Табела бр. 2.** Понављање поступка пред Управним судом

Из званично објављених података о понављању поступка у управном спору не може се много сазнати (Миленковић, 2020: 141). Наиме, могао би се извести закључак о обиму употребе правног средства, али не и о обиму заштите која се поводом њега пружа.

Да ово правно средство нема нарочиту примену у пракси потврђује чињеница да је за 6,5 година (1.1.2013 – 30.6.2019) Управни суд примио укупно 893 тужбе за понављање поступка, што је на годишњем нивоу у просеку 127 тужби за понављање поступка.<sup>15</sup> Процентуалну учесталост примене правног средства израчунавамо према ранијој примењеној методологији, тако што просечан број тужби за понављање поступка у једном периоду поредимо са просечним бројем донетих одлука од стране Управног суда (у истом периоду). Дакле, на око 20.000 решених предмета, у току једне ИП уложи се отприлике 127 тужби за понављање поступка. Долазимо до закључка да је фреквентност примене понављања поступка још нижа него захтева (чл. 49 ЗУС) и износи свега 1% (прецизније 0,6).

О обиму правне заштите пружене у поновљеном поступку не можемо из података презентованих у Табели. 2 извући никакав закључак, јер

<sup>15</sup> Прецизније 137, уколико укупан број тужби (893) поделимо са 6,5 (уместо са 7 јер, 7-ма периода представља шестомесечни а не годишњи период).



према њима су одлуке суда донете по предметном правном средству грубо разврстане у две целине: „мериторно” и „на други начин решени предмети”, чак и без спецификације мериторних одлука бар на одбијајуће и уважавајуће.

Према допису примљеном од Управног суда, у периоду од 1.1.2010 – 30.11.2019. овај суд је запримио укупно 1.533 тужбе за понављање поступка.<sup>16</sup> Од тог броја решене су укупно 1.404 тужбе, и то тако што је: 1.302 тужбе одбачено, 8 одбијено, 29 уважено, поводом 13 тужби поступак обустављен, поводом 3 тужбе прекинут, у 40 предмета решено на други начин и у 9 уступљена надлежност.

Из ових се података могу извести закључци о заштити која се поводом овде анализираног правног средства пружа. Нажалост, нимало оптимистични јер је већ *prima facie* уочљиво да Управни суд у далеко највећем броју случајева поступа неповољно по странку – подносиоца тужбе. У чак 92,7% предмета Управни суд је поступак окончао на начин који не доприноси ни минималној заштити подносиоца тужбе – одбацивањем тужбе. Заправо, ни најмању заштиту странка није остварила у чак 93,3% случајева, када се узму у обзир и одбијене тужбе, јер се ни њима заштита не пружа, већ одбија (потврђивањем безуспешно нападнуте одлуке). У свега 2% предмета странка је по тужби за понављање поступка успела да оствари заштиту. На који је начин у поступцима у којима је тужбу уважио суд поступио – није видљиво, али, све и да је у свим тим случајевима поступио на најоптималнији начин по странку, таква је заштита занемарљива (у 2% од укупног броја предмета).

Треба имати у виду да се одлуке донете у поступцима по тужби за понављање поступка пред Управним судом могу даље нападати улагањем захтева из чл. 49 ЗУС-а. Дакле, од одлука донетих поводом једног ванредног правног средства странке се штите другим, једнако ванредним правним средством (Миленковић, 2019: 359).

О учинцима тог другог пута ванредне правне заштите, који се ставља на располагање странци која је незадовољна изашла из поступка по првокоришћеном правном средству – понављању поступка, већ је било речи. Томе додајемо и податке да је ВКС по захтевима за преиспитивање одлуке Управног суда у вези са понављањем поступка донео одлуку у 171

---

16 Према овим подацима примена понављања поступка је нешто учесталија ( $1.533/10=153$  тужбе на годишњем нивоу). Разлика потиче отуд што првом анализом нису обухваћене прве три године примене ЗУС-а (2010, 2011. и 2012), у којима је, по свему реченом судећи, примена била на нешто вишем нивоу.

предмету формираном по захтеву за преиспитивање одлуке Управног суда, тако што је: 168 одлука потврдио и 3 одлуке укинуо.<sup>17</sup>

Наведени статистички подаци о начину одлучивања ВКС по захтевима за преиспитивање (чл. 49 ЗУС-а) изјављеним на одлуке донете у поновљеним управно-судским поступцима (по тужби за понављање), веома илустративно предочавају да се законом предвиђена кумулација (ванредних) путева правне заштите у управном спору у пракси показала без значајнијег ефекта. Томе у прилог више него јасно говоре подаци из претходног пасуса: у поступцима по захтевима за преиспитивање одлуке Управног суда у вези са понављањем поступка, у преко 98% случајева ВКС потврђује одлуку Управног суда донету по првом (безуспешно) коришћеном ванредном правном леку – понављању поступка. Најзад, својеврсно дуплирање ванредних правних средстава у управном спору није истински увећало могућности странке да се и заштити.

## 5. Закључна разматрања

У периоду од 2010. до 2019. године Управни суд је у предметима формираним по захтеву за преиспитивање одлуке Управног суда донео укупно 2.817 одлука. То значи да се путем овог ванредног правног средства побија свега 1,5% од укупног броја донетих одлука. Успешност побијања захтевом из чл. 49 је на ниском нивоу. ВКС је у више од 91% решених предмета по захтеву потврдио одлуку Управног суда, оставивши подносиоца захтева без тражене процесно-правне заштите, док су странке у свега 8% случајева по захтеву успеле да добију изванредан степен заштите. „Фреквентност“ употребе од 1,5%, у констелацији да изнетим податком о „успешности“ захтева, необорив је аргумент о неподобности захтева да странкама пружи заштиту оног обима и квалитета који подразумева жалбена заштита.

У истом десетогодишњем периоду, на 181.203 решена предмета Управни суд је запримио свега 1.533 тужбе за понављање поступка. Закључак који из обраде статистичких података о овом ванредном правном средству следи: „учесталост“ примене испод 1%, те податак да је поводом тужбе за понављање Управни суд у чак 93% предмета тужбу одбацио или одбио, не пружајући странкама ни минималну заштиту, могу се оценити као поражавајући са аспекта позиције странке.

---

17 На овоме месту дат је засебан податак који се односи на број уложених захтевана одлуке Управног суда донете у вези са понављањем поступка. Исти је инкорпориран у укупан (збирни) број уложених захтева у посматраном извештајном периоду.

Немогућност странака да путем недовољно делотворних ванредних правних средстава из управног спора остваре заштиту својих права и интереса, што значи и немогућност остваривања објективне законитости, говори у прилог њихове неподобности да одговоре законској сврси свог постојања. То даље води учесталијем коришћењу уставне жалбе. Учестало посезање странака за уставном жалбом довело је до тога да она фактички преузима улогу “сурогата” непостојеће управно-судске жалбе. То је у пракси, осим преоптерећености Уставног суда, довело до још једног проблема: како заштитити она права из управно-правних односа која највишим правним актом нису зајемчена, па као таква не могу бити штићена уставном жалбом? У погледу њих, странкама је по исцрпљивању ванредних путева управно-судске заштите на располагању остао још једино – европски механизам заштите, што је допринело повећању броја представки Европском суду против Републике Србије.

Напред изнето директна је последица непостојања права на делотворно правно средство у управном спору. Грађани се све слободније и чешће обраћају референтним наднационалним телима за заштиту својих права. Још један фактички аргумент у прилог увођења жалбе јесте да све државе чланице ЕУ имају бар двостепено управно судство.

Важећим ЗУС-ом успостављени пакет правних средстава апсолутно нема капацитета да надомести обим, а још мање квалитет заштите, која се по редовном правном леку (жалби) пружа.<sup>18</sup>

Анализа функционалности ванредних правних управно-судских средстава у пракси упућује на закључак о њиховој неспособности да обезбеде законску сврху (циљ) свога управно-процесног постојања, па би увођење жалбе у управни спор требало да буде циљ предстојеће реформе управног судства.

### **Литература/References**

Блажић, Ђ. (2019). Правни лекови у управном поступку. Тематски Зборник радова, “Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији” Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. 285-300.

Димитријевић, П. (2019). Управно право - општи део. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

---

18 У ситуацијама када је дошло до сукцесивног и кумулативног коришћења оба правна средства.

Димитријевић, П. (2007). Реформисање управно-судске заштите. Правни живот. 2(10). 741-762.

Димитријевић, П. (2004). Реформа ванредних правних лекова у управном поступку. Зборник радова Правног факултета у Нишу. XLIV. 145-173.

Марковић, Р. (2014). Уставно право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Миленковић Н. (2020). Правна средства у управном спору. (докторска дисертација). Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Миленковић Н. (2019). Захтев за преиспитивање судске одлуке из Закона о управним споровима. Тематски зборник радова “Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији” Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. 351-372.

Милков, Д. (2017). Управно право II, Управна делатност. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Прописи:

Устав Републике Србије. Сл.Гласник РС. Бр. 98. 2006.

Закон о управним споровима. Сл.Гласник РС. Бр. 111. 2009.

**Predrag Dimitrijević, LL.D.,**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**Nevena Milenković, LL.D.,**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Priština,*

*Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica*

## **THE PURPOSE OF LEGAL REMEDIES IN ADMINISTRATIVE DISPUTES**

### **Summary**

*Legal remedies in administrative disputes are a paradoxical area of administrative procedure law. Although essentially inspired by the idea of protecting the rights, freedoms and obligations in administrative procedure, inadequate application of these legal remedies may result in a violation or obstruction of the fundamental rights and administrative procedure principles, and insufficient protection in administrative disputes. The paper examines the effectiveness of these remedies and addressed the following question: Can the current system of legal remedies in administrative disputes justify their legal purpose and presence in administrative procedure law? The negative response to this question would be the most reliable call for prospective reform.*

*The administrative dispute goals are important for the legality principle, particularly in terms of the fundamental requirements of the “the rule of law” (as the key postulate of any democratically organized society) and the tendency of intensive and inevitable expansion of administration. The objectives of administrative disputes (administrative law judicial protection) are clearly defined in Article 1 of the Administrative Disputes Act. The Constitution recognizes and insists on the importance of legality of the administrative action, especially in decision-making on the rights, obligations and interests of individuals. Given the indisputable importance of implementing these goals and the relevance of this issue in the midst of extensive reforms of public administration and administrative justice, this paper provides a critical analysis of legal remedies in administrative disputes. Considering their realistic potential, the ultimate goal is to offer *de lege ferenda* solutions for the regulation of legal remedies in administrative disputes which would eliminate the drawbacks discovered in the research.*

**Keywords:** *administrative dispute, legal remedies in administrative dispute, appeal.*



**Др Сања Арежина,\***

Саветник,

Канцеларија за координационе послове у преговарачком процесу

са Привременим институцијама самоуправе у Приштини,

Влада Републике Србије, Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-27939

UDK: 271.222(497.11)

342.731(497.16)

322(497.16)

Рад примљен: 12.08.2020.

Рад прихваћен: 13.10.2020.

## **АНАЛИЗА ИМОВИНСКО-ПРАВНИХ ОДНОСА ИЗМЕЂУ СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ И ЦРНЕ ГОРЕ У КОНТЕКСТУ ДОНОШЕЊА ЗАКОНА О СЛОБОДИ ВЈЕРОИСПОВЈЕСТИ ИЛИ УВЈЕРЕЊА И ПРАВНОМ ПОЛОЖАЈУ ВЈЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА**

**Апстракт:** Ступање на снагу Закона о слободи вјероисповјести или увјерења и правном положају вјерских заједница (Закон) у јануару 2020. године изазвало је бурне реакције и протесте православног становништва у Црној Гори јер поједине његове одредбе омогућавају одузимање вишевековне имовине епархија Српске православне цркве (СПЦ) у Црној Гори, имајући у виду да је СПЦ једина верска заједница са којом црногорске власти нису склопиле Темелни уговор о уређењу међусобних односа. Како би се пронашло компромисно решење започети су преговори између епархија СПЦ у Црној Гори и црногорских власти, који за циљ имају постизање компромисног решења између две стране. Аутор у овом чланку говори о историјату односа СПЦ и државе у периоду од зачетака црногорске државности у 15. веку до доношења Закона почетком 2020. године и регулисању имовинско-правних односа у том периоду, факторима који су утицали да Закон буде усвојен, објашњава процес усвајања Закона и даје његову анализу са посебним освртом на део који се односи на имовинско-правна питања и препоруке Венецијанске комисије. Да би доказала основну хипотезу да власти у Црној Гори неће моћи да пренебрегну легитимна права епархија СПЦ у Црној Гори по питању регулисања имовинско-правних односа, односно да ће две стране током преговора пронаћи интерес за компромис по питању измена спорних одредаба Закона,

\* sanja.arezina@kord-kim.gov.rs

*као и постизања Темељног уговора у циљу трајног решавања статуса Цркве у Црној Гори, аутор ће током истраживања користити структурно-функционалну анализу, индукцију и дедукцију.*

**Кључне речи:** Српска православна црква, Црна Гора, епархије СПЦ у Црној Гори, Закон о слободи вјероисповјести, имовина, Темељни уговор.

## 1. Увод

Однос Православне цркве<sup>1</sup> и црногорске државе мењао се кроз векове у зависности од владара који су били на власти у Црној Гори, као и поглавара који су се налазили на челу епархија Православне цркве. У вези са тим се мењао и положај православног свештенства и верника који су егзистирали на простору Црне Горе. Како су митрополити током периода османлијске власти били једини којима је световни и духовни ауторитет признаван од стране свих племена на простору данашње Црне Горе, највећи део земљишта је био у поседу цркава и манастира. Након престанка теократије и раздвајања световне и духовне власти средином 19. века, однос државе и Цркве остаје јако близак, о чему сведочи законска регулатива црногорске државе донета у периоду након Берлинског конгреса, која је регулисала све аспекте њихове сарадње. Ситуација се мења након Другог светског рата, доласком комуниста на власт, када је статус Цркве радикално измењен јер је вера сматрана непријатељском идеологијом. Услед тога, црквена имовина је национализована, што се посебно рефлектовало на материјални положај Цркве и њеног свештенства и монаштва. Након распада СФР Југославије, и промена које су дошле након тога, односи су привремено побољшани, што је омогућило обнову верских објеката и слободнију делатност црквених представника. Са признањем тзв. Косова од стране Црне Горе 2008. године, односи су поново ушли у фазу конфронтације, што ће се значајно одразити на статус Цркве и њене имовине, посебно са усвајањем спорног Закона о слободи вјероисповести или увјерења и правном положају вјерских заједница<sup>2</sup> у јануару 2020. године.

---

1 У раду се за православну заједницу у Црној Гори користе изрази Српска православна црква, епархије СПЦ у Црној Гори, Православна црква и Црква. Ради се о четири епархије, од којих су Митрополија црногорско-приморска и Епархија будимљанско-никшићка у целости у Црној Гори, док се епархије Милешевска и Захумско-херцеговачка налазе само делом на територији Црне Горе, а њихова епископска седишта су у Републици Србији и Босни и Херцеговини (Републици Српској).

2 Закон о слободи вјероисповести или увјерења и правном положају вјерских заједница, Службени лист Црне Горе, 74/2019 од 30. 12. 2019.



Имајући у виду чињеницу да је Православна црква кроз историју Црне Горе била народна и државотворна, односно творац традиционалног идентитета и државе, никада није довођен у питање њен статус у државним оквирима, те самим тим ни формално-правни статус имовине коју поседује, чак ни за време Другог светског рата када су на власти били окупатори. Ступањем на снагу Закона о слободи вјероисповести дошло је до кризе у односима власти и епархија СПЦ у Црној Гори, која је посебно отежана чињеницом да две стране нису претходно имале правно регулисане међусобне односе и надлежности. Услед тога, дошло је до бурних реакција и протеста православног становништва у Црној Гори, које није могло да се помири са могућношћу одузимања вишевековне имовине Цркве.

Стога, фокус овог истраживања ће бити стављен на поменути закон и његове недостатке, посматрајући односе Цркве и државе у периоду од 15. до 21. века, односно од времена зачетака црногорске државности и владавине династије Петровић Његош до данас, и регулисање имовинско-правних односа у том периоду. Аутор посебно указује на препоруке Венецијанске комисије, које црногорске власти нису узеле у обзир у делу закона који се односи на имовинско-правна питања верских заједница. И поред очигледних тензија које постоје између две стране, аутор износи да је основна хипотеза овог истраживања да власти у Црној Гори неће моћи да пренебрегну легитимна права епархија СПЦ у Црној Гори по питању регулисања имовинско-правних односа, имајући у виду да је релевантним законским актима који су доношени од стране законодавца током 20. века потврђено да је имовина СПЦ у Црној Гори вековима била у њеном власништву.

Чланак се састоји од пет делова. У уводном делу, аутор наводи контекст у коме ће се истраживање обавити, објашњава суштину проблема којим ће се бавити у чланку и поставља хипотезе. У другом делу, аутор објашњава какав је статус Црква имала на простору Црне Горе у периоду од 15. до 21. века, посебно се фокусирајући на питање црквене имовине. У трећем делу, аутор наводи факторе који су утицали на однос СПЦ и власти у Црној Гори у контексту доношења Закона о слободи вјероисповести. У четвртном делу, аутор објашњава како је текао процес усвајања овог закона и даје правну анализу дела закона који се односи на питање црквене имовине. У закључним разматрањима биће сумирано истраживање и закључци до којих се дошло, након чега аутор даје пројекцију у ком правцу треба да се крећу односи СПЦ и власти у Црној Гори.

## **2. Историјат односа СПЦ и власти у Црној Гори у контексту регулписања имовинско-правних односа у Црној Гори**

Територија на којој се данас налази Црна Гора у 15. веку обухватала је простор Зете, којом је владала породица Црнојевић. Земљиште на коме се данас налази град Цетиње Иван Црнојевић је повељом из 1485. године доделио манастиру у Цетињском пољу (АЈ, 1928). Након доласка Османлија на овај простор и слома владарске породице Црнојевић 1499. године, Зета потпада под власт Османског царства, у оквиру Скадарског санџака, али ипак један део територије остаје самосталан, плаћајући данак Турцима (Кашић, 1985: 59). У тим деловима некадашње зетске државе постојећа племенска самоуправа (уз значајну помоћ црквених поглавара/митрополита) полако ће задобијати одређене облике државности, која ће два века након тога прерасти у нововековну државу Црну Гору.

За уобличавање црногорске државности вероватно најзначајнији су били митрополити (Висарион, Сава Калуђеровић и династија Петровић Његош), који су истовремено били и владари, који су неговали духовну и световну везу са царском Русијом. Услед тога, највећи део земљишта на коме се налазила тадашња Зета, а данашња Црна Гора, припадала је црквама и манастирима. Након смрти митрополита Петра II Петровића Његоша, са доласком књаза Данила Петровић Његоша на власт 1851. године, завршава се период теократије и уводи световна власт у Црној Гори (Кашић, 1985: 61). За то време, Цетињска митрополија је наставила да функционише у својим некадашњим оквирима као једини део Пећке патријаршије (укинуте 1766. године) који је донекле слободно деловао у оквиру јурисдикције Васељенске патријаршије, док су њени митрополити чувајући традицију и радећи на обнови Пећке патријаршије ишли на хиротонију у Русију и Карловачку митрополију (Пузовић, 2000: 43; Поповић, 2009: 175).

Након доласка на власт књаза Николе Петровић Његоша 1868. године започело се са уређењем земљишних односа у Црној Гори раздвајањем народне од књажевске имовине (Кондић, 2010: 341; Никола I Петровић Његош, 2009: 93). У том смислу, Народна скупштина донела је одлуку шта спада у црквену имовину, да би затим Финансијалном реформом била извршена праведнија расподела црквених и манастирских прихода. Они су се сливали у државну касу, да би затим прикупљена средства држава расподељивала парохијама и манастирима у складу са потребама, док су свештенству и монаштву даване плате. Ова решења су додатно унапређена Општим имовинским закоником 1888. године, након стицања државне независности 1878. године на Берлинском конгресу.

Питање земљишта које је припадало Цркви, посебно оног на коме су се налазиле значајне цркве и манастири, решавано је посебним указима-манифестима владара, као на пример у случају манастира Цетиње. Наиме, књаз Никола Петровић Његош је Указом-манифестом из 1895. године потврдио одлуку Ивана Црнојевића о земљишту датом манастиру у Цетињском пољу, у коме констатује да се на „својини манастирској“ засновала „варош која се све више развија“, те да се лактарина (порез на кућу) прикупља у посебну манастирску касу заједно са осталим приходима у циљу употребе за унапређење живота и рада у манастиру. На крају Указа, књаз Никола потврђује манастиру за сва времена право својине над земљиштем на ком се налази престоница (АЈ, 1928).

У Уставу из 1905. године јасно је назначена државна контрола над Црквом у Црној Гори одредбом да црквени поглавари морају да питају власти за одобрење уколико би желели да промене намену коришћења завештаног земљишта или да формирају задужбине на њему, а црквене установе и свештена лица су у потпуности потпали под грађанско законодавство (Митрополит Митрофан Бан, 1999: 11–12, 148, 152).<sup>3</sup> Ове одредбе потврђене су доношењем Устава Светог Синода 1904. године и Устава Консисторија 1905. године (Стаматовић, 2014: 237). Међутим, аутокефалност која је споменута у Уставу Светог Синода никада није добијена у складу са канонским правом од мајке цркве Цариградске патријаршије (Пантић, 2006: 33; Дурковић Јакшић, 2020).

Тешкоће које су задесиле народ током Првог светског рата условиле су да велики број закупаца (арендатора) напусти или прода црквено земљиште које су непосредно пре рата узели под аренду. Услед тога су ово земљиште бесправно населиле породице које нису имале закључене уговоре са Црквом (АЈ, 1928). Са окончањем рата и уједињењем са Србијом у нову државу на челу са династијом Карађорђевић, а затим и формирањем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, појединцима који су бесправно користили црквену земљу и објекте придружују се поједини државни органи наводећи да је земља коју су заузели државна својина, а не „поповска или калуђерска“ (Радић, 2011: 182).

Након одлуке Светог синода Краљевине Црне Горе о уједињењу православне цркве у Црној Гори са осталим православним црквама (које су окупљале православне Србе након укидања Пећке патријаршије) у јединствену Српску цркву 16. децембра 1918. године, Митрополија црногорско-приморска, епархије захумско-рашка и пећка (која је обновљена 1913. године) улазе 1920. године у састав обновљене Српске патријаршије (Стаматовић, 2014:

3 Чланови 133 и 140 Устава за Књажевину Црну Гору, Глас Црногорца, 49/1905.

74–75). Услед тога, као и мултиетничности и мултиконфесионалности Краљевине СХС уједињена СПЦ није више могла да има статус државне цркве, те је имовина која је до тада била у власништву Цркве, а под државном контролом, прешла у искључиву надлежност СПЦ.

Са доношењем Видовданског устава 1921. године, СПЦ добија статус јавне установе са специјалним положајем, чиме је постала једна од јавно признатих верских заједница у Краљевини СХС. Међутим, Министарству вера Краљевине СХС све више притужби долази од стране митрополита црногорско-приморског због укључивања црквене имовине у Аграрну реформу 1919. године, лошег материјалног положаја свештенства (јер нису добијали плате као пре 1918. године), недовољне заштите манастирских добара (присвајања имовине Цетињског манастира од стране Генералне дирекције државних добара, одузимања плодова Манастиру Враћине, и др.) и захтева за издавање дозволе за риболов Цетињском манастиру (Стаматовић, 2019: 83; Радић, 2011: 152, 181; патријарх српски Гаврило, 1974: 61).

Стога је у циљу решавања спорова око земљишта 1925. године формирана Стручна комисија за разграничење државних од црквено-манастирских имања у Црној Гори која је функционисала до 1930. године (Радић, 2011: 152). Комисија је потврдила својинске односе Цркве у Црној Гори над црквено-манастирским имањима и обавезу плаћања лактарине за све оне који су користили црквену земљу. У складу с тим, налагане су мере да закупци измире своје заостале обавезе и да у наредном периоду односе са власницима земље реше кроз уговорни однос (случај са измирењем заосталих дугова Општине Цетиње Цетињском манастиру на име накнаде за земљиште на коме се налази варош Цетиње, у складу са Указом-манифестом књаза Николе из 1895. године) (АЈ, 1928).

Доношењем Октроисаног устава, Закона о Српској православној цркви<sup>4</sup> и Устава Српске православне цркве 1931. године<sup>5</sup>, омогућено је СПЦ да добија сталну помоћ од државе, у складу са расходима које има (Радић, 2011: 150; Пантић, 2006: 91). Међутим, новим Законом о аграрној реформи из 1931. године деградиран је статус манастирских имања у Црној Гори у односу на Србију (Радић, 2011: 201).

Други светски рат је донео велика материјална разарања, страдања и поделе међу свештенством и монаштвом у епархијама у Црној Гори (Радић, 2002:

---

4 Закон о Српској православној цркви, Службене новине Краљевине Југославије, 269-109/1929.

5 Устав Српске православне цркве, Службене новине Краљевине Југославије, 275-86/1931.

280; Сава епископ шумадијски, 1996: 37). Послове на организацији верског живота преузела је Верска комисија при Црногорској антифашистичкој скупштини народног ослобођења, нелегитимно се мешајући и ометајући црквени живот тражењем података о имовини цркава и манастира, њиховим приходима, као и ставовима појединих свештеника и вероучитеља током рата (Стаматовић, 2014: 210), истовремено подстичући организовање православних свештеничких удружења која су била под контролом државе и комунистичког режима (Радић, 2002: 280). Са повратком патријарха Гаврила (Дожића) у Југославију почиње рад на консолидацији стања у СПЦ, који је пореметио нови Закон о аграрној реформи и колонизацији из 1945. године<sup>6</sup> који је предвиђао да се верским установама одузме сва имовина преко 10 хектара, а установама од посебног историјског значаја имовина преко 30 хектара (Стаматовић, 2011: 244–247). Истовремено, митрополит црногорско-приморски Арсеније (Брадваревић) дошао је у сукоб са новоформираним Удружењем свештеника, што је резултирало његовим удаљавањем од активног управљања Митрополијом, након чега ће њоме до 1961. године управљати више архијереја као администратори (Радић, 2002: 161).

Велики напредак у јачању положаја Цркве и ревитализацији њених цркава и манастира учињен је доласком на трон митрополита Данила (Стаматовић, 2014: 256–265, 276). Код Савезне комисије за верске послове покренут је повраћај црквеног и манастирског земљишта које је одузето без икаквог правног основа и поштовања законског максимума (Радић, 2002: 109). Дефинисан је статус појединих цркава и манастира уписом у Регистар непокретних споменика културе НР Црне Горе, у складу са Законом о заштити споменика и културе у НР Црна Гора из 1960. године<sup>7</sup>. У случају Цетињског манастира као власник наведена је Управа Цетињског манастира, са ктиторима Иваном Црнојевићем и владиком Данилом Петровићем (Спутник, 2020а; Нови Стандард 2019).<sup>8</sup>

Током седамдесетих година црногорске власти су иницирале финансирање обнове појединих објеката, али су, с друге стране, одузимале црквену имовину за своје потребе и порушиле Његошеву капелу на Ловћену

6 Закон о аграрној реформи и колонизацији, Службени лист ДФЈ 64/1945.

7 Закон о заштити споменика и културе у НР Црна Гора, Службени лист 36/1960.

8 Историчар и некадшњи председник општине Цетиње Јован Маркуш објавио је документ о статусу Цетињског манастира из 1930. године, по коме држава или општина немају право својине над парцелом на којој се налази Цетињски манастир и да је према попису имовине Митрополије црногорско-приморске из 1919. године само капелица у оквиру болнице „Данило 1“ била у државном власништву до 1918. године (Спутник, 2020а; Нови Стандард, 2019).

ради њене замене маузолејом. Услед тога упућени су протести од стране патријарха српског Германа и митрополита црногорско-приморског Данила, на шта је држава одговорила протестним окупљањем грађана и тражењем смене митрополита (Стаматовић 2014: 327). Тек 1990. године њега је на месту митрополита заменио тадашњи епископ банатски Амфилохије, који је започео обнављање црквеног живота у Црној Гори, изградњу цркава и манастира, покренуо црквене сајтове, медије и часописе, обновио рад Цетињске богословије и изградио велелепни храм Васкрсења Христовог у Подгорици уз подршку Владе Црне Горе (Стаматовић, 2014: 330, 331, 363). Такође, настојао је да реши питање денационализације одузете црквене имовине, повратка верске наставе у образовни систем Црне Горе (Vijesti, 2017), издавања дозвола за привремени боравак монаштва, свештенства и чланова њихових породица који нису црногорски држављани, а живе и раде у Црној Гори (Radio Slobodna Evropa, 2011; Analitika, 2013; Podaci.net., 2003)<sup>9</sup> и потписивања Темељног уговора са Владом Црне Горе (СПЦ, 2019: 87; Vlada Crne Gore, 2011; Vlada Crne Gore, 2012a; Vlada Crne Gore, 2012b; Факти, 2013).<sup>10</sup> Након ступања на снагу Закона о слободи вјероисповести, у фокусу борбе митрополита нашло се повлачење спорних одредаба закона (RTV, 2020).

### **3. Фактори који су утицали на усвајање Закона о слободи вјероисповјести**

Однос Црне Горе и СПЦ током векова кретао се кривудаом линијом, на шта су утицали различити фактори. Неки од фактора били су изразито доминантни само у одређеном периоду, да би касније њихов утицај слабио, а јачао утицај других фактора. Исто тако, док су поједини фактори у једном окружењу имали позитиван утицај на развој односа, у другом периоду и другачијем окружењу имали су изразито негативан утицај. Како је њихов утицај био од пресудног значаја за усвајање Закона о слободи вјероисповјести, који је изазвао одређене напетости у односу између црногорских власти и СПЦ, што је за последицу имало значајна друштвена

9 Овај проблем се појављивао константно у периоду од 2011-2020. године, са изузетком друге половине 2016. године, када је тадашњи министар унутрашњих послова Црне Горе Горан Даниловић изјавио 27. јула 2016. године да епархије СПЦ у Црној Гори законито делују у складу са Уставом и чл. 4, ст. 2 Закона, те да за њих не постоји обавеза пријављивања из чл. 2, ст. 2 Закона (RTCG, 2016; CDM, 2018; Paragraf, 2013).

10 Црна Гора је потписала темељне уговоре са Светом столицом 2011. године, Исламском заједницом у Црној Гори 2012. године и Јеврејском заједницом у Црној Гори 2012. године.

раслојавања и тензије у Црној Гори, најважнији од њих биће наведени у наставку.

Први фактор је *однос државе и цркве* који се кретао од теократије до потпуног разлаза. Наиме, у темеље савремене државности Црне Горе уткана је црквена традиција и жеља црквених поглавара за очувањем српског народа на територијама које су вишевековно биле под доминацијом страних сила (Османског царства и Млетачке Републике). Од краја 17. до половине 19. века Црном Гором владају митрополити обједињујући световну и духовну власт. Након доласка књаза Данила на власт прекида се са теократском традицијом, али и даље остаје јака повезаност државе и цркве уз константно прожимајуће заједничко деловање. Захваљујући таквом јединственом деловању православне цркве и државе почетком 20. века, током владавине књаза Николе, Црква је и формално стекла статус државне цркве остварујући право на директне државне субвенције и плаћање свештенослужитеља из државног буџета. За разлику од претходног периода имовина је припадала Цркви, док је држава имала право да у сваком тренутку уз сагласност Цркве располаже њом. Након уједињења свих црквених организација које су окупљале православне Србе у јединствену СПЦ 1920. године, Црква у Црној Гори је посматрана искучиво као део јединствене СПЦ, остварујући право на субвенције из државног буџета, које су биле умањене у односу на претходни период. Лошијем статусу Цркве допринела је Аграрна реформа из 1919. године, да би тежак положај Цркве кулминирао доласком комуниста на власт, који су започели отворену антицрквену кампању, која је за резултат имала национализацију највећег дела црквене имовине и ограничавање деловања Цркве. Крајем 80-их година притисак комуниста на Цркву опада са слабљењем Источног блока и турбуленцијама на простору СФР Југославије које ће кулминирати њеним распадом. Приближавање митрополита Амфилохија владајућем режиму знатно је олакшало црквени живот у Црној Гори и статус свештенослужитеља, да би добри односи почели да се крећу силазном путањом након признања једнострано проглашене независности тзв. Косова од стране Црне Горе 2008. године, достижући најнижу тачку након ступања на снагу Закона о слободи вјероисповјести.

Други фактор је *долазак епископа Амфилохија (Радовића) на трон митрополита црногорско-приморског*. Захваљујући његовом посвећеном и енергичном деловању Црква је поново повратила некадашњи углед и статус у јавном животу Црне Горе. Након што је Савез комуниста Црне Горе преименован у Демократску партију социјалиста, која је покушала да направи отклон од комунистичке идеологије допуштајући да Црква и друге верске заједнице слободно врше своје активности, митрополит

Амфилохије је успоставио добру комуникацију са владајућим режимом на челу са председником Црне Горе Момиром Булатовићем и премијером Милом Ђукановићем. Добра сарадња настављена је после разлаза у владајућој партији 1997. године, када је Мило Ђукановић са својим присталицама преузео вођство у Демократској партији социјалиста, а Момир Булатовић формирао нову политичку странку – Социјалистичку народну партију. Председнички избори у Црној Гори, на којима је победио Ђукановић, уз подршку митрополита Амфилохија и патријарха Павла (Стојчевића), додатно су оснажили добре односе са Црквом. Нарочито је била значајна подршка коју је митрополит дао Милу Ђукановићу 2006. године приликом одвајања Црне Горе од Србије, када су тензије међу црногорским грађанима и политичким структурама биле на врхунцу. Улога помиритеља коју је он тада имао између супротстављених страна допринела је смањивању тензија и отупела оштрицу тадашње опозиције (Rudorič, 2006).

До промене у односу између митрополита и власти долази након једностраног проглашења независности Косова 2008. године, када је влада Мила Ђукановића признала тзв. Републику Косово као независну државу, иако простор Косова и Метохије представља саставни део Републике Србије, у складу са Резолуцијом СБ УН 1244 (1999) (RTV, 2008). Раздор у односима настављен је након увођења санкција Руској Федерацији 2015. године, када је митрополит дигао глас против овог чина говорећи да је Црна Гора Светог Јована Владимира, Светог Саве и Светог Петра Цетињског верна једнокрвној једнојезичној и једноверној благоверној Русији, истакавши уједно наду да ће власт у Црној Гори ипак наставити путем којим је ишла до 2000. године. Након што је Република Србија оптужена за уплитање у изборни процес у Црној Гори 2016. године, а СПЦ да скрива наводне организаторе државног удара, несугласице су још више продубљене уласком Црне Горе у чланство НАТО (RTVBN, 2012; Večernje novosti, 2017). Покидани односи између државе и Цркве допринели су да две стране годинама нису могле да пронађу заједнички језик, нити договор по питању потписивања Темелног уговора и усвајања Закона о слободи вјероисповјести.

Трећи фактор је *континуирано настојање црногорских власти да ослабе Српску православну цркву у Црној Гори*. Иако је Савез комуниста Југославије престао да постоји недуго након краја Хладног рата и распада Совјетског Савеза, остаци комунистичких структура су наставили да постоје у Црној Гори кроз деловање Демократске партије социјалиста на челу са садашњим председником Милом Ђукановићем. Она је наставила са инсистирањем на националној посебности Црногораца, позивајући на



борбу против „Великосрпске хегемоније“, фразу актуелну још из времена функционисања Црне Горе у оквиру Краљевине, која је у пракси почела да буде заступљена након завршетка Другог светског рата са успостављањем комунистичких власти у Југославији (Глигоријевић, 1992: 282). Коначно, 2006. године политика наглашавања црногорске националне посебности рефлектовала се у кампањи за референдум о независности Црне Горе од Србије, чиме је великим делом умањен утицај српске политике на дешавања у црногорском политичком животу. Међутим, утицај СПЦ је остао непромењен, јер је значајан број национално декларисаних Црногораца наставио да своје верске потребе обавља у њеним храмовима. Стога је актуелна црногорска власт почела да намеће разна ограничења СПЦ која отежавају њено деловање на простору Црне Горе (ускраћивање дозволе боравка свештенослужитељима који немају црногорско држављанство, нерешавање питања реституције црквене имовине, доношење Закона о слободи вјероисповјести, и др.). Овакви поступци указују да црногорска власт превиђа чињеницу да је Црква била та која је поставила темеље црногорске државности и током деценија и векова робовања очувала националну свест и идентитет српског народа у Црној Гори.

Четврти фактор је *инсистирање на националној посебности и идентитету Црногораца након осамостаљивања Црне Горе*. Наиме, још током кампање за независност Црне Горе владајуће структуре су се позивале на традицију црногорских федералиста из година непосредно после Првог светског рата, који су били присталице краља Николе. Они су након уједињења 1919. године формирали Црногорску странку (федералистички покрет) која је неуспешно извршила Божићну побуну, и поред подршке страних сила (Италија). Ставови федералиста нису били антисрпски, већ је њихово деловање имало за циљ да искажу незадовољство уједињењем и жељу за очувањем елемената црногорске државности поносно истичући своје српско порекло. Странка је деловала до увођења режима краља Александра Карађорђевића 6. јануара 1929. године, да би се њени чланови након обнове политичког живота 1935. године прикључили Удруженој опозицији, а непосредно пред Други светски рат окренули сарадњи са силама Осовине, нарочито Италији, очекујући подршку за обнову црногорске независности (Пајовић, 1977: 19–21). У том смислу, јачали су захтеви за организацијом самосталне Црногорске цркве, тендециозно тумачећи њен статус у Књажевини/Краљевини Црној Гори као аутокефалне цркве, случајно или намерно заобилазећи канонски поредак, како онај који је био до 1918, тако и овај актуелни. У новембру 2019. године, непосредно пре усвајања Закона о слободи вјероисповјести, ДПС је у свом политичком програму као циљ

јачања црногорског државног и националног идентитета најавила рад на обнови Црногорске православне цркве (DPS, 2019: 18).

#### **4. Анализа Закона о слободи вјероисповјести у контексту решавања имовинско-правних питања СПЦ у Црној Гори**

Сви претходно наведени фактори деловали су истовремено 2015. године, када је Влада Републике Црне Горе израдила Нацрт закона о слободи и вјероисповјести (Нацрт закона), који је 24. августа упућен на мишљење Венецијанској комисији. Током састанака, које је заједничка делегација Венецијанске комисије и ОЕБС одржала у Црној Гори у периоду од 16–17. новембра, представници црногорских власти истакли су намеру да прелиминарну верзију закона измене и допуне у складу са препорукама Венецијанске комисије како би Нацрт закона био у складу са међународним стандардима људских права. У препорукама Комисије од 27. новембра указано је да промене треба направити у члановима 52 и 53, у складу са којима би сва имовина за коју цркве и верске заједнице не могу доказати власништво постале државна својина, као и да је питање имовине неопходно прецизније регулисати посебним законом. Како је Венецијанска комисија у свом мишљењу навела велики број недостатака, Нацрт закона је повучен од стране предлагача.

Међутим, законско регулисање односа државе са црквама и верским заједницама поново ће се наћи на дневном реду 16. маја 2019. године, када је Влада донела нови Предлог закона о слободи вјероисповјести или увјерења и правном положају вјерских заједница (Предлог закона о слободи вјероисповјести), који је такође послат на мишљење Венецијанској комисији. Након посете Црној Гори, Комисија је 24. јуна објавила мишљење, које је начелно било позитивно, али је указивало да поједине предложене норме треба да се измене јер нису у складу са међународним стандардима људских права (Antena M, 2019). Као најзначајнија препорука наведено је да верске заједнице не треба притискати на дефинисање правног статуса пред надлежним органима уколико то не желе (Venice Commission, 2019: 10). Због нејасног дефинисања процедуре конфискације верских објеката без могућности компензације у члановима 62 и 63, Комисија је поставила питање пружања гаранција да ће верска заједница имати на располагању довољно средстава за вршење своје делатности. Указала је да црногорске судске власти треба да утврде власничка права у складу са процедуром заштите приватне својине коју дефинишу Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и пракса Европског суда за људска права, и да се треба ослањати на Закон о парничном поступку.

Терет доказивања треба да буде на држави, а не на верским заједницама, а право државе на неком земљишту или објекту се не може уписати у Катастар непокретности без правноснажне судске одлуке (Venice Commission, 2019: 10, 18, 22). Такође, Предлог закона не дефинише која права имају регистроване верске заједнице, нити предвиђа могућност оснивања основних школа (Venice Commission, 2019: 11, 13).

И поред бројних недостатака наведених у мишљењу Венецијанске комисије Влада Црне Горе издала је саопштење у коме је истакла да је Комисија недвосмислено потврдила право Црне Горе да штити своје културно благо и имовину. У истом саопштењу, Влада негира изјаву Митрополије црногорско-приморске о прекњижавању храмова позивајући представнике СПЦ на дијалог (Vlada Crne Gore, 2019).

Међутим, Правни савјет Митрополије црногорско-приморске заузео је становиште да се Предлог закона из 2019. године суштински не разликује много од Нацрта закона из 2015. године. Промењене су само мање битне одредбе које се тичу избора верских поглавара, забране политичког деловања верских заједница, злоупотребе верских осећања у политичке сврхе, забрана употребе назива страних држава у имену верске заједнице, обавеза достављања текстова о верском учењу ресорном државном органу, као и одређени изрази и дефиниције (Novi magazin, 2019). Најважнији проблеми, који се тичу регистрације и евиденције верских заједница и имовинско правних питања, нису отклоњени новим предлогом закона.

Предлог закона у члану 19 дефинише да регистрација није обавезујућа и да одлуку о упису у Регистар доноси сама верска заједница, међутим без регистрације неће имати правни субјективитет и неће моћи да остварује права која јој следују (члан 18). Чак и да је регистрована по Закону о правном положају вјерских заједница из 1977. године ипак се мора уписати у посебну евиденцију, што практично значи поновну регистрацију и немогућност новоосноване митрополије да буде правни следбеник постојеће митрополије (члан 24) (Српска православна црква, 2019: 20–22).

Сличан проблем постоји и са члановима 62, 63 и 64 који се тичу имовинско-правних питања. Члан 62 онемогућава верским заједницама коришћење верских објеката за које не могу да поднесу доказе о власништву, односно коришћење оних објеката који су били у државној својини до 1. децембра 1918. године. Та година узима се за прекретницу због престанка постојања самосталне црногорске државе и промене правног положаја епархија у Црној Гори ушавши у састав уједињене СПЦ, чиме је изгубила статус државне цркве (Српска православна црква, 2019: 47–66). Услед тога, за одузете објекте цркве и верске заједнице неће имати могућност

компензације, као ни могућност реституције национализоване имовине након Другог светског рата. Иако је Венецијанска комисија препоручила да верска заједница учествује (а не само да буде обавештена) у поступку утврђивања који су верски објекти и земљиште државна својина чим орган управе задуженог за послове имовине поднесе захтев катастру, члан 63 предвиђа да катастар у року од 15 дана од пријема захтева од стране органа управе о томе само обавести верску заједницу која користи ту непокретност (Српска православна црква, 2019: 66–77). Затим, у члану 64 предвиђено је да, након правноснажности одлуке којом се врши упис права државне својине у катастар непокретности, верска заједница наставља са коришћењем непокретности које су предмет уписа до одлуке надлежног државног органа за питање државине и коришћења и располагања овом непокретношћу (Paragraf.me, 2019: 10). Тиме се заобилази препорука Венецијанске комисије да промена власника имовине не треба аутоматски да утиче на раније право коришћења те имовине, иако држава има право да постави строге услове коришћења у циљу очувања културног наслеђа. Уједно, овом одредбом верској заједници која је раније користила предметну непокретност није омогућено право пречег закупа.

Упркос томе што Предлог закона није у потпуности усагласила са изнетим замеркама Венецијанске комисије и Правног савјета Митрополије (RTS, 2019), Влада га је 5. децембра послала Скупштини на усвајање (Milić, 2019), где је Правна служба дала мишљење на Предлог закона да није усклађен са Уставом Црне Горе и постојећим одредбама у правној регулативи, односно да одступа од позитивне законодавне праксе да су држава и црква одвојене (Политика, 2019). Међутим, Законодавни одбор је пренебрегао мишљење Правне службе, подржао усвајање Предлога закона и послао га у даљу процедуру (РТС, 2019; Vijesti, 2019), те је он усвојен 27. децембра и ступио на снагу 8. јануара 2020. године, након потписивања указа од стране председника Мила Ђукановића.

Незадовољне Предлогом закона епархије СПЦ у Црној Гори су након Црквеног сабора у Острогу 21. децембра, заједно са верницима, отпочеле са протестима тражећи од црногорске владе да га повуче из процедуре усвајања. Након његовог усвајања, Српска патријаршија и Свети архијерејски синод СПЦ поднели су 17. јануара две иницијативе за оцену уставности Закона пред Уставним судом, у којима се наводи да је Закон у целини супротан одредбама Устава Црне Горе и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У иницијативама је тражено да Уставни суд Црне Горе изда привремену наредбу за обуставу извршења радњи и појединачних аката уз предлог за приоритетно разматрање предлога. Међутим, обе иницијативе су 30. јануара повучене

из процедуре (Danas, 2020), након чега је премијер Душко Марковић позвао митрополита Амфилохија на састанак како би пронашли решења за примену спорних чланова 62, 63 и 64 Закона и наговестио спремност Владе да започне дијалог о припреми Темељног уговора (Радио Слободна Европа, 2020). Митрополија је тражила да се заустави примена Закона и да Управа за некретнине престане са поступком пописа имовине СПЦ у Црној Гори (Спутник, 2020б)<sup>11</sup> до измене поменутих чланова тако да се њима не претпоставља државно власништво над верским објектима, већ да странка може покренути спор за доказивање власништва (Milić, 2020). Истовремено, Митрополија је објавила да је припремљена нова иницијатива за оцену уставности Закона, која ће бити упућена Уставном суду након верификације од стране надлежних црквених тела (Nedeljnik, 2020; Божовић, 2020).

За равноправан третман СПЦ и других верских заједница у Црној Гори заузели су се Света столица, државни секретар САД Мајк Помпео и Европска комисија (Пејовић, 2019; Ковачевић, 2020; European Parliament, 2020а; European Parliament, 2020б).

## 5. Закључак

Полазна основа овог истраживања је усвајање Закона о слободи вјероисповјести у Црној Гори крајем 2019. године, као резултат вишегодишњих лоших односа између власти и епархија СПЦ у Црној Гори. Имајући у виду да Закон садржи изузетно проблематичне одредбе о статусу СПЦ и њене имовине у Црној Гори, непосредно пре његовог усвајања отпочели су протести православних верника у Црној Гори, да би након његовог ступања на снагу у јануару 2020. године они били замењени молебанима и литијама, које су за циљ имале да утичу на црногорску власт да измени спорне одредбе Закона.

Како је за резултате овог истраживања најважнији однос власти у Црној Гори према имовини цркава и манастира СПЦ у Црној Гори, ауторка је акценат ставила на анализу имовинско-правних односа цркве и државе од 15. века до данас. Током истраживања, дошла је до закључка да је током периода теократије највећи део земљишта био у поседу цркава и манастира, а да је затим након раздвајања световне и духовне власти средином 19. века власништво над имовином раздвојено између Цркве и државе, тако

---

11 Према подацима Управе за некретнине Црне Горе из 2008. године о непокретностима које су утврђене премерима из 1974. и 1984. године, укупна имовина епархија СПЦ у Црној Гори износи 11.245.673м<sup>2</sup>, односно 11.184.984м<sup>2</sup> земљишта и 523 објекта (Спутник, 2020б).

да је имовина која је коришћена за нормално функционисање верског и духовног живота припала Цркви, а оно што није било од суштинског значаја за црквени живот припало је држави. У вези са тим, владари су посебним повељама и указима-манифестима давали у власништво Цркви земљишта на којима су се налазили храмови и манастири или потврђивали одлуке претходних владара. Те одлуке је потврдила Стручна комисија за разграничење државних од црквено-манастирских имања у Црној Гори, која је у периоду од 1925–1930. године доносила решења којима је потврђено право својине СПЦ у Црној Гори над црквено-манастирским имањима и сходно томе одредила обавезу плаћања лактарине за све оне који су користили црквену земљу. Са успостављањем комунистичког режима, након Другог светског рата, имовина цркава и верских заједница је одузимана (национализована), често не водећи рачуна о основним потребама њених храмова и манастира. Након распада СФР Југославије и промена које су дошле након тога, а које су се односиле и на реafirмацију улоге Цркве у друштву, имовинско-правна питања су парцијално решена, без доношења свеобухватног решења. Иако су представници СПЦ настојали да реше остала имовинска питања, пре свега питање реституције, до тога није дошло јер није постојала добра воља власти у Црној Гори. Доношењем Закона о слободи вјероисповјести почетком 2020. године црногорске власти практично негирају питање реституције јер стање враћају на период пре 1. децембра 1918. године, узимајући ту годину за прекретницу због престанка постојања самосталне црногорске државе и промене правног положаја епархија у Црној Гори, које су ушавши у састав уједињене СПЦ изгубиле статус државне цркве. У вези са тим, аутор указује да иако су епархије у Црној Гори имале статус државне цркве, земљиште на којем су се налазили храмови и манастири било је у својини Цркве, док је држава само вршила расподелу црквених прихода и контролисала евентуалну пренамену земљишта. Својина Цркве над појединим храмовима и манастирима биће потврђена почетком шездесетих година XX века њиховим уписом у Регистар непокретних споменика културе у складу са Законом о заштити споменика и културе НР Црне Горе из 1960. године.

Аутор у чланку наводи неколико фактора који су од суштинске важности за доношење Закона о слободи вјероисповјести указујући да је кључан био њихов истовремени утицај. Такође, аутор објашњава како је текао процес усвајања Закона и даје његову анализу посебно истичући да су црногорске власти усвојиле Закон не уважавајући у потпуности мишљење Венецијанске комисије, нарочито у делу који се односи на имовинско-правна питања верских заједница. У том смислу, усвајање Закона довело је до политички и безбедносно нестабилне ситуације у земљи која може

бити решена само уз компромис двеју страна у дијалогу и подршку међународних фактора. Обе стране имају своје интересе због којих би требало да желе да се дијалог оконча на позитиван начин. Интерес власти у Црној Гори требало би да буде да поменути закон буде у складу са основним људским правима која гарантују верске слободе, да покажу ЕУ да поштују препоруке Венецијанске комисије и испуњавају прелазна мерила за Поглавље 23, која се тичу поштовања људских права и слобода, у циљу постизања добре сарадње са суседима (Србијом), успешног завршетка преговарачког процеса и уласку у чланство ЕУ. С друге стране, интерес епархија СПЦ у Црној Гори је да се регулише статус имовине, као и положај православног свештенства кроз потписивање Темељног уговора.

У вези са тим, током преговора обе стране требало би да имају у виду да су упућене на међусобну сарадњу јер постоје заједнички јавни интереси државе и Цркве. Улога државе је да штити права својих држављана, што значи да законодавац приликом писања закона треба да има на уму да су грађани истовремено и верници чију слободу и права држава треба да штити. Држава треба да брине за мир и правду, а не да буде демонстрација моћи, јер је задатак мудре политике да моћ обузда правом. У зависности од тога како власт спроводи надлежности које су јој додељене отворена је могућност за истинску сарадњу цркве и државе. У том смислу, ставови обе стране треба да прођу кроз трансформацију, развој и прилагођавање, како би православни црквени живот у Црној Гори могао да се одвија на нормалан начин.

### **Литература/References**

Analitika. (2013). *Sveštenik SPC bez dozvole boravka u Crnoj Gori*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.portalanalitika.me/clanak/104264--svestnik-spc-bez-dozvole-boravka-u-crnoj-gori>.

Antena M. (2019). *Zakon vraća državi nezakonito uzeto, Venecijanska komisija saglasna*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.antenam.net/drustvo/142050-zakon-vraca-drzavi-nezakonito-uzeto-venecijanska-komisija-saglasna>.

Архив Југославије (АЈ). Фонд 63. Министарство правде Краљевине Југославије. (1928). Решење стручне комисије за разграничење државног од црквено-манстирских имања у Црној Гори – регулисање односа између зватинара-закупаца и црквених власти. Цетиње, 5. јун 1928. фасц. 4, бр. 297, Н928-285 у бр. 12/27.

Божовић. П. (2020). Митрополија представила документ који потврђује да је држава сматрала Цркву власником имовине. Православна митрополија

црногорско-приморска Преузето 25. 06. 2020. <https://mitropolija.com/2020/03/10/mitropolija-predstavila-dokument-koji-potvrđuje-da-je-drzava-smatrala-crkvu-vlasnikom-imovine/>.

Vijesti. (2019). Zakonodavni odbor podržao Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.vijesti.me/vijesti/politika/pazin-vlada-nema-druge-namjere-osim-da-se-svim-vjernicima-garantuju-ista-prava>.

Vijesti. (2017). *Mitropolit: Vratiti veronauku u škole*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.vijesti.me/vijesti/drustvo/59446/mitropolit-vratiti-vjeronauku-u-skole>.

Vijesti. (2014). *MUP opet odbio da sveštenicima izda dozvolu za privremeni boravak u Pljevljima*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.vijesti.me/vijesti/drustvo/mup-opet-odbio-da-svestenicima-izda-dozvolu-za-privremeni-boravak-u-pljevljima>.

Večernje novosti. (2017). *Amfilohije: prodaju dušu za NATO i EU*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.novosti.rs/vesti/planeta.300.html:681952-Amfilohije-Prodaju-dusu-za-NATO-i-EU>.

Vlada Crne Gore. (2019). Venecijanska komisija u svoje mišljenje uvrstila je pravno obrazloženje Vlade Crne Gore. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.gov.me/vijesti/203862/Venecijanska-komisija-u-svoje-misljenje-uvrstila-pravno-obrazlozenje-Vlade-Crne-Gore.html>.

Vlada Crne Gore. (2012a). *Potpisan Ugovor o uređenju odnosa od zajedničkog interesa između Vlade Crne Gore i islamske zajednice u Crnoj Gori*. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.gov.me/vijesti/111246/Potpisan-Ugovor-između.html>.

Vlada Crne Gore. (2012b). *Potpisan Ugovor o uređenju odnosa od zajedničkog interesa između Vlade Crne Gore i jevrejske zajednice u Crnoj Gori*. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.gov.me/pretraga/111263/Potpisan-Ugovor-o-uredenju-odnosa-od-zajednickog-interesa-između-Vlade-Crne-Gore-i-jevrejske-zajednice-u-Crnoj-Gori.html>.

Vlada Crne Gore. (2011). *Temeljni ugovor između Crne Gore i Svete Stolice*. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.gov.me/pretraga/106956/Temeljni-ugovor-između-Crne-Gore-i-Svete-Stolice.html>.

Глигоријевић, Б. (1992). *Коминтерна, југословенско и српско питање*. Београд: Институт за савремену историју.

Danas. (2020). *SPC uputila inicijative Ustavnom sudu za ocenu ustavnosti Zakona o slobodi veroispovesti*. Преузето 25. 02. 2020. <https://www.danas.rs/svet/>



spc-uputila-inicijative-ustavnom-sudu-za-ocenu-ustavnosti-zakona-o-slobodi-veroisповести/.

DPS. (2019). *Politički program DPS VII Kongres*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.dps.me/me/program>.

Duraković Jakšić, Lj. (2020). *Čije su svetinje u Crnoj Gori?: Mitropolija crnogorska nikada nije bila autokefalna*. Beograd: Catena Mundi.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). (2019). *Opinion on the Draft Law on Freedom of Religion or Beliefs and Legal Status of Religious Communities*. Преузето 25. 06. 2020. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)010-e)

European Parliament. (2020a). *Answer given by Mr Várhelyi on behalf of the European Commission*. Преузето 25. 06. 2020. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000276-ASW\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000276-ASW_EN.pdf)

European Parliament. (2020b). *Answer given by Mr Várhelyi on behalf of the European Commission*. Преузето 25.06.2020. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000906-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000906-ASW_EN.html).

Кашић, Д. Љ. (1985). Поглед у прошлост Српске цркве: кратак историјски преглед. Београд: Свети архијерејски синод Српске православне цркве.

Kondić, P. (ur.). (2010). *Živimo u svetinji i slobodi, izabrani spisi, poslanice, besede, akta, pisma i zapisi povodom šezdesetogodišnjice upokojenja patrijarha Gavriila*. Cetinje, Beograd: Izdavačko-informativna ustanova Mitropolije crnogorsko-primorske Svetigora, Institut za teološka istraživanja na Pravoslavnom bogoslovskom fakultetu.

Kovačević, A. (2020). *Ekskluzivno, američki državni sekretar: Crna Gora da povede otvoreni dijalog sa SPC oko Zakona o slobodi vjeroispovesti*. Serbian Times. Преузето 25. 06. 2020. <https://serbiantimes.info/ekskluzivno-americki-drzavni-sekretar-crna-gora-da-povede-otvoreni-dijalog-sa-spc-oko-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti/>.

Milić, P. (2020). *Održan prvi sastanak eksperata Vlade i MCP o Zakonu o slobodi vjeroispovesti*. Voice of America. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.glasamerike.net/a/crna-gora-vlada-crkva-dijalog/5324550.html>.

Milić, P. (2019). *Vlada usvojila predlog Zakona o slobodi vjeroispovesti*. Voice of America. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.glasamerike.net/a/crna-gora-zakon-vjeroispovijest/5194184.html>.

Митрополит Митрофан Бан (1999). Сабрана дела: Устројство Цркве, посланице, чланци, писма и говори 11-12. Цетиње: Обод.

Nedeljnik. (2020). *Spreman tekst za ocenu ustavnosti Zakona o slobodi veroispovesti u Crnoj Gori*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.nedeljnik.rs/spreman-tekst-za-ocenu-ustavnosti-zakona-o-slobodi-veroispovesti-u-crnoj-gori/>.

Novi magazin. (2019). *Mitropolija SPC: Vlada Crne Gore 'spinuje' da je Venecijanska komisija dala pozitivno mišljenje*. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.novimagazin.rs/region/mitropolija-spc-vlada-crne-gore-spinuje-da-je-venecijanska-komisija-dala-pozitivno-misljenje>.

Нови Стандард. (2019). Пронађен документ који доказује да цркве СПЦ никада нису биле власништво државе Црне Горе. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.standard.rs/2019/06/24/pronadjen-dokument-koji-dokazuje-da-crkve-spc-nikada-nisu-bile-vlasnistvo-drzave-crne-gore/>.

Петровић Његош Н. I (2009). Мемоари I. Цетиње: Светигора.

Пајовић, Р. В. (1977). *Контрареволуција у Црној Гори, четнички и федералистички покрет 1941–1945*. Цетиње: Обод.

Пантић, Д. (2006). *Српска православна црква у Краљевини Југославији 1929–1941. с обзиром на правни положај, политичку улогу и међувјерске односе*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

Paragraf.me. (2019). *Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica*. Преузето 25. 06. 2020. [https://www.paragraf.me/nacrti\\_i\\_predlozi/predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.pdf](https://www.paragraf.me/nacrti_i_predlozi/predlog-zakona-o-slobodi-vjeroispovijesti-ili-uvjerenja-i-pravnom-polozaju-vjerskih-zajednica.pdf).

Paragraf.me. (2013). *Ustav Crne Gore*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/ustav-crne-gore.html>.

Патријарх српски Гаврило. (1974). Мемоари патријарха српског Гаврила. Париз: Editions Richelieu.

Пејовић. Н. (2019). Папа Франциско: Закон неће бити потврђен без сагласности свих вјерских заједница у Црној Гори. Православна митрополија црногорско-приморска. Преузето 25. 06. 2020. <https://mitropolija.com/2019/12/12/papa-francisko-zakon-nese-biti-potvrdjen-bez-saglasnosti-svih-vjerskih-zajednica-u-crnoj-gori/>.

Podaci.net. (2003). *Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica*. Преузето 25. 06. 2020. [http://www.podaci.net/\\_gCGO/zakoni/Zakon\\_o\\_pravnom\\_polozaju\\_vjerskih\\_zajednica/m7srvs.html](http://www.podaci.net/_gCGO/zakoni/Zakon_o_pravnom_polozaju_vjerskih_zajednica/m7srvs.html).

Политика. (2019). Правна служба црногорске скупштине: Закон о црквама неуставан. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.politika.rs/scc/clanak/444415/Zakon-o-slobodi-veroisповести-neustavan>.

Поповић, Р. (2009). Православне помесне цркве: *прошлост, садашњост, географија, статистика*. Београд: Радомир Поповић.

Пузовић, П. (2000). Кратка историја Српске православне цркве. Крагујевац: Каленић.

Радић, Р. (2002). Држава и верске заједнице 1945–1970 I, Београд: Институт за новију историју.

Радић, Р. (2011). Живот у временима – Гаврило Дожић 1881–1950. Београд: Институт за новију историју.

Radio Slobodna Европа. (2011). *Odbijen boravak sedmorice sveštenika SPC u Crnoj Gori*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.slobodnaevropa.org/a/24422482.html>.

Radio Slobodna Европа. (2020). *Premijer Crne Gore pozvao Amfilohija na razgovor*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.slobodnaevropa.org/a/30402359.html>.

RTS. (2019). *Advokat SPC: Zakon o slobodi veroispovesti krši preporuke Venecijanske komisije*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/11/region/3783488/advokat-spc-zakon-o-slobodi-veroisповести-krsi-preporuke-venecijanske-komisije.html>.

Rudorič, N. (2006). *Mitropolit za sva vremena*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=456235>.

RTV. (2020). *Mitropolit Amfilohije: Temeljni ugovor po uzoru na RC i IZ*. Преузето 25. 06. 2020. [http://www.rtv.rs/sr\\_lat/region/mitropolit-amfilohije-temeljni-ugovor-po-uzoru-na-rc-i-iz\\_1085929.html](http://www.rtv.rs/sr_lat/region/mitropolit-amfilohije-temeljni-ugovor-po-uzoru-na-rc-i-iz_1085929.html).

RTV. (2008). *Amfilohije: Priznavanje Kosova – sramni žig u istoriji*. Преузето 25. 06. 2020. [http://www.rtv.rs/sk/politika/amfilohije-priznavanje-kosova-sramni-zig-u-istoriji\\_84838.html](http://www.rtv.rs/sk/politika/amfilohije-priznavanje-kosova-sramni-zig-u-istoriji_84838.html).

RTVBN. (2012). *Mitropolit Amfilohije: Crna Gora ne treba u NATO*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.rtvbn.com/2104/mitropolit-amfilohije-crna-gora-ne-treba-u-nato>.

РТС. (2019). Одбор подржао закон; Амфилохије поручује: Не дозволите стид и срам. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.rts.rs/page/stories/ci/story/3/region/3785468/odbor-podrzao-zakon-amfilohije-porucuje-ne-dozvolite-stid-i-sram.html>.

RTCG. (2016). *Sveštenici ne moraju da se prijavljuju*. Преузето 25. 06. 2020. <http://www.rtcg.me/vijesti/drustvo/139084/svestenici-ne-moraju-da-se-prijavljuju.html>.

Сава епископ шумадијски (1996). Српски јерарси од деветог до двадесетог века. Београд-Подгорица-Крагујевац: Евро.

Спутник. (2020б). Имовина СПЦ у Црној Гори. Преузето 25. 06. 2020. <https://rs.sputniknews.com/regioni/202001101121514816-imovina-spc-u-crnoj-gorivise-od-11-miliona-metara-kvadratnih-zemljista-i-523-objekta/>.

Спутник. (2020а). Објављен документ који доказује коме припада Цетињски манастир. Преузето 25. 06. 2020. <https://rs-lat.sputniknews.com/regioni/202002131121765185-kome-pripada-cetinjski-manastir/>.

Српска православна црква. (2019). Примједбе на Предлог закона о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница у Црној Гори. Преузето 25. 06. 2020. [http://www.spc.rs/files/u5/2010/3/final\\_sa\\_potpisima\\_primjedbe\\_pravnog\\_savjeta\\_na\\_predlog\\_zakona\\_-\\_srpski.pdf](http://www.spc.rs/files/u5/2010/3/final_sa_potpisima_primjedbe_pravnog_savjeta_na_predlog_zakona_-_srpski.pdf).

Стаматовић, А. (2014). Историја Митрополије црногорско-приморске 1918–2009. Подгорица: Унирекс.

Факти. (2013). Амфилохије: Власт избегава да са СПЦ закључи „темељни уговор“ као са Ватиканом. Преузето 25. 06. 2020. [https://www.fakti.rs/serbian-point/njegosevi-srbi/amfilohije-vlast-izbegava-da-sa-spc-zakljuci-te-meljni-ugovor-kaos-sa-vatikanom?fbclid=IwAR3tulZw2-uIKxFXibcQqV0Hm\\_IPixhBSMPc9Io1z5mIGZ9vHPjHlInnFmLw](https://www.fakti.rs/serbian-point/njegosevi-srbi/amfilohije-vlast-izbegava-da-sa-spc-zakljuci-te-meljni-ugovor-kaos-sa-vatikanom?fbclid=IwAR3tulZw2-uIKxFXibcQqV0Hm_IPixhBSMPc9Io1z5mIGZ9vHPjHlInnFmLw).

СДМ. (2018). *Више од 70 свећеника без дозволе боравка у Црној Гори*. Преузето 25. 06. 2020. <https://www.cdm.me/drustvo/vise-od-70-svestenika-bez-dozvo-le-boravka-u-crnoj-gori/>

**Sanja Arežina, PhD.,**

*Consultant,*

*Office for Coordination Affairs in the Negotiation Process*

*with the Provisional Institutions of Self-Government in Pristina,*

*Government of the Republic of Serbia, Belgrade*

**ANALYSIS OF REAL-ESTATE PROPERTY ISSUES BETWEEN THE  
SERBIAN ORTHODOX CHURCH AND THE MONTENEGRIN STATE IN  
THE CONTEXT OF ADOPTING THE ACT ON FREEDOM OF RELIGION  
OR BELIEF AND THE LEGAL STATUS OF RELIGIOUS COMMUNITIES**

**Summary**

*The entry into force of the Act on Freedom of Religion or Belief and the Legal Status of Religious Communities (hereinafter: the Freedom of Religion Act) in January 2020 provoked reactions and protests from the Orthodox population of Serbian descent in Montenegro because some provisions of this Act allow for the confiscation of centuries-old real-estate property of the Serbian Orthodox Church dioceses in Montenegro. It should be noted that the Serbian Orthodox Church (SOC) is the only religious community in Montenegro with which the Montenegrin authorities have not concluded a Fundamental Agreement on the Regulation of Mutual Relations. In order to reach a compromise solution, negotiations have begun between the dioceses of the SOC in Montenegro and the Montenegrin authorities. In this article, the author discusses the history of relations between the SOC and the Montenegrin state in the period from the beginnings of Montenegrin statehood in the 15th century to the enactment of the the Freedom of Religion Act in early 2020. In particular, the paper focuses on the regulation of real-estate property issue in that period, the factors that influenced the adoption of this Act, the adoption process, the analysis of provisions related to real-estate property issues, and the recommendations of the Venice Commission. The author uses the structural-functional analysis, induction and deduction methods to prove the basic hypothesis that the Montenegrin authorities will not be able to ignore the legitimate rights of the SOC's dioceses in Montenegro regarding the regulation of real-estate property issues, and that the two sides will find an interest to reach a compromise during the negotiations on the disputed Act and conclude the Fundamental Agreement in order to permanently resolve the status of the Serbian Orthodox Church in Montenegro.*

**Keywords:** *Serbian Orthodox Church (SOC), Montenegro, SOC's dioceses in Montenegro, Act on Freedom of Religion, real-estate property, Fundamental Agreement.*



**Др Марта Сјеничић,\***

*Виши научни сарадник, Институт друштвених наука у Београду*

**Сандра Перих,\***

*Директор Коморе социјалне заштите, Београд*

**Драгана Марчетић,\***

*Судија Вишег суда у Београду*

UDK: 347.155(497.11 Beograd)

Раđ примљен: 05.08.2020.

Раđ прихваћен: 23.09.2020.

## **ПОЛИТИКА ПРАВОСУДНОГ СИСТЕМА И СИСТЕМА СОЦИЈАЛНЕ ЗАШТИТЕ ПРЕМА ПИТАЊУ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ – ПРИКАЗ ИСТРАЖИВАЊА НА ТЕРИТОРИЈИ ГРАДА БЕОГРАДА\*\***

**Апстракт:** *Поседовање пословне способности представља полазну тачку за реализацију већине људских права. Ради се о способности закључивања правних послова која, у случају да је у потпуности одузета, представља препреку коришћењу других способности дефинисаних законом: радне, тестаменталне, гласачке, способности заснивања породице, и др. Њеним одузимањем особа се лишава већине других способности, и правно и фактички искључује из друштвеног живота.*

*Механизам лишења пословне способности је присутан у нашој, али и иностраној судској пракси, као вид заштите права особе, и код пунолетних лица се примењује онда када се утврде менталне или интелектуалне потешкоће. Приступ начину утврђивања ових потешкоћа је у прошлости у потпуности, а у данашње време у великој мери, медицински, док се социјални модел готово не примењује. У раду се излажу резултати истраживања спроведеног у београдским центрима за социјални рад и судовима. Предмет истраживања је побољшање положаја корисника услуга социјалне заштите увођењем законског механизма да судови у одређеном року процењују да ли*

\* marta.sjenicic@gmail.com

\* sandraperic@hotmail.rs

\* dada.marcetic@gmail.com

\*\* Раđ је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2020. годину који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

*постоје разлози за даље трајање изречене мере лишења пословне способности, као и анализа суштинских разлога за покретање поступака поновне процене пословне способности.*

*Питање заштите права на пословну способност је код нас ретко анализирано на свеобухватан начин, из угла система социјалне заштите и угла правосудног система, а оба су релевантна у процесу процене пословне способности.*

**Кључне речи:** *пословна способност, центар за социјални рад, суд, медицински модел, социјални модел.*

## 1. Увод

Поседовање пословне способности представља полазну тачку за реализацију већине људских права. Пословна способност је способност закључивања правних послова, а под овима се подразумевају изјаве воље које производе грађанскоправна дејства, тј. настанак, пренос, промену или престанак субјективних грађанских права. Потпуно лишавање пословне способности представља препреку за коришћење других способности дефинисаних законом: радне, тестаменталне, гласачке, способности заснивања породице, и слично. Одузимањем пословне способности се, дакле, особа једним потезом лишава свих других способности, и правно и фактички искључује из друштвеног живота, иако, можда, обитава у заједници (а не у резиденцијалној установи).

Институт лишења пословне способности је присутан у нашој, али и иностраној судској пракси, као вид заштите права особе о чијој се способности ради, и махом се примењује онда када се утврди ментални (психосоцијални) или интелектуални поремећај. Приступ начину утврђивања овог поремећаја је у прошлости у потпуности, а у данашње време у великој мери, медицински, док се социјални модел готово не примењује. Међутим, психијатријска процена особе, као ментално оболеле или интелектуално заостале, на основу медицинске дијагнозе не мора значити да особа нема способност да одлучује о одређеним аспектима сопственог живота и функционише у друштву.

## 2. Правна регулатива у области лишења пословне способности и поступање надлежних органа

Домаћа регулатива, као и међународни правни акти, а пре свега Конвенција о правима особа са инвалидитетом, указују на потребу промене става



према особама са инвалидитетом, тиме што им се признаје способност расуђивања, доношења одлука о свим аспектима свога живота.

Национална регулатива релевантна за питања пословне способности су *Закон о ванпарничном поступку*<sup>1</sup> и *Породични закон*<sup>2</sup>, као и *Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом*<sup>3</sup>. Породични закон садржи материјално правне норме, односно норме које уређују ко су потпуно, а ко делимично пословно способна лица, као и ко су пословно неспособна лица, док Закон о ванпарничном поступку уређује процедуре лишења пословне способности, које мериторно могу исходovati и делимичним лишењем, као и потпуним или делимичним враћањем пословне способности.

Према Породичном закону постоје потпуно и делимично лишење пословне способности. Пунолетно лице које због своје болести или сметњи у психофизичком развоју није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се самостално стара о себи и заштити своја права и интересе може бити потпуно лишено пословне способности (члан 146 Породичног закона). Закон, као разлоге за лишење пословне способности наводи "болест или сметње у психофизичком развоју", али не наводи конкретно које су то болести, које ће довести до покретања поступка, већ се акценат ставља на чињеницу да особа „не може да се стара о себи и штити своја права и интересе“. Такође, не наводе се ни нека друга стања или поремећаји који могу имати тешке последице по расуђивање појединца (на пр. прекомерна употреба алкохола или опојних средстава, сенилност и сл.) који се често у пракси појављују као разлози за покретање поступака лишења пословне способности (Драшкић, 2015: 334).

Пунолетно лице које због болести или сметњи у психофизичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица може бити делимично лишено пословне способности. Судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одредиће се правни послови које лице делимично лишено пословне способности може, односно не може самостално предузимати (члан 147 Породичног закона). Овакво решење је доста ограничавајуће по лице које се лишава пословне способности, јер омогућава суду да таксативно наведе шта лице може да предузима. Тиме се суду даје доста

---

1 Закон о ванпарничном поступку („Сл. гласник СРС“ бр. 25/82 и 48/88, „Сл. гласник РС“ бр. 46/95-др. закон, 85/2012, 45/2013-др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015-др. закон).

2 Породични закон („Сл. гласник РС“ бр. 18/2005, 72/2011-др. закон и 6/2015).

3 Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом. „Сл. гласник РС – Међународни уговори“ бр. 49/09.

широко дискреционо овлашћење, с обзиром да је дијапазон радњи које свако лице у току дана, недеље, месеца, године, живота, може да предузме, готово бескрајан. У том смислу не би требало ослањати се на то да ће судија да се удуби у тај бескрај и да стварно процени и наброји шта све може, а шта не може да предузима. Требало би, заправо, одредити врсту послова које особа *не може* да обавља, што би значило да *све остале послове може*.

Према Закону о ванпарничном поступку, поступак лишења пословне способности покреће и води суд по службеној дужности, *као и по предлогу органа старатељства (центра за социјални рад)*, брачног или ванбрачног супружника, детета или родитеља лица или самог лица о чијој се пословној способности одлучује. Центри за социјални рад, који врше функцију органа старатељства, судећи по судској статистици, у највећем броју случајева и иницирају поступак лишавања пословне способности (али ретко иницирају њене поновне процене) (Сјеничић, Перић, 2020: 67).

Истраживање које је спровело МДРИ-С<sup>4</sup> током 2019. године указује на чињеницу да је током 2018. године, у узорку од 110 центара за социјални рад, број поднетих предлога за лишење пословне способности био 738, а да су преко половине предлога (371) поднели центри за социјални рад, нарочито када су у питању младе особе, док су сви други законом овлашћени предлагачи покретали поступке у мање од 50% случајева и то најчешће када су у питању старије особе (Бекер, Перић, и Стефановић, 2020: 8). За разлику од покретања поступака лишења пословне способности, центри за социјални рад су ретко покретачи поступака за враћање, односно преиспитивање пословне способности чак ни у ситуацијама када су непосредни старатељи<sup>5</sup>. Када су у питању поступци преиспитивања пословне способности, наведено истраживање говори о томе да у 50 центара за социјални рад, односно у скоро половини испитиваних локалних самоуправа, током 2018. године није инициран ниједан поступак враћања пословне способности (Плазанић 2020: 37).

Поступак који спроводе центри за социјални рад се првенствено односи на процену стања и потреба лица које је лишено пословне способности. У складу са савременим приступима у социјалном раду, процена би требало да буде холистичка и да обухвата све аспекте функционисања корисника и сачињена је од неколико области – опис и процена личних снага, потреба, ризика и ограничења, опис и процена породичних фактора

---

4 Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом.

5 Налази овог истраживања показују да је у 110 општина које су учествовале у истраживању, 3064 особа која су под непосредним старатељством центра за социјални рад, што чини 37,6% од укупног броја лица лишених пословне способности.

и процена срединских фактора (члан 56 Правилника о организацији, нормативима и стандардима рада у центрима за социјални рад). Приликом сачињавања предлога за лишење или враћање пословне способности, центри за социјални рад морају да „наведу чињенице на којима се предлог заснива, као и доказе којима се чињенице утврђују или чине вероватним“ (Пољавић, Влашковић, 2019: 369). Често се дешава да стручни радници, у случајевима када покрећу поступке лишења или враћања пословне способности, акценат стављају на недостатке особе, водећи се њеном медицинском дијагнозом, а не преосталим способностима и капацитетима особе, функционисањем, вештинама и подршком из окружења. Најчешће се не користе додатним техникама за прикупљање и анализу података као што су различите скале процене и други мерни инструменти који би помогли да се на објективан начин сагледа функционалност корисника. Самим тим, налази и мишљења који се достављају суду у овим поступцима нису потпуни нити поткрепљени доказима.

Суд испитује да ли је пунолетно лице према степену способности за нормално расуђивање у стању да се само брине о својим правима и интересима. Поред саслушања самог лица које се лишава пословне способности и других лица које закон одређује, као доказ мора да буде изведен и преглед од најмање два лекара одговарајуће специјалности који ће дати налаз и мишљење о душевном стању и способности за расуђивање тог лица. На основу свих изведених доказа суд доноси одлуку о лишењу пословне способности. Поред психијатријске експертизе, *суд има могућност да изведе и друге доказе*. На пример, ако су особе са инвалидитетом смештене у резиденцијалне установе, понекад социјални и други радници запослени у њима знају више о ситуацији и понашању особе него психијатри вештаци; налаз и мишљење органа старатељства о функционисању особе у својој средини може да буде значајно доказно средство за процену пословне способности (Сјеничић, Јовановић, 2017: 116). Ипак, из истраживања које ће у даљем тексту бити поменуто, произилази да судови недовољно користе могућност извођења доказа на овакав начин.

Поред поступака лишења пословне способности, суд одлучује и о поступцима *враћања потпуне или делимичне пословне способности* када престану разлози за лишење, односно ограничење пословне способности.

Изменама Закона о ванпарничном поступку из 2014. године, уведена је могућност да суд може решењем одредити да лице према коме се води поступак, привремено али најдуже 30 дана, буде смештено у здравствену установу (члан 38, став 1, тачка 3 Закона о ванпарничном поступку). Изменама Закона је, такође, уведено да ће, у решењу којим је одлучио о

лишењу пословне способности, суд одредити рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може бити дужи од три године (Чл. 40, став 1, тачка 2 Закона о ванпарничном поступку). То би значило да суд на три године, по службеној дужности, покреће поступак у коме се испитује постојање улова за враћање пословне способности *уколико то не покрене неко од заинтересованих лица*. Ако поступак покрене суд по службеној дужности, трошкове тог поступка сноси држава (Сјеничић, Весић, 2017: 71).

Поред Породичног закона и Закона о ванпарничном поступку, постоји и друга национална регулатива везана за питања пословне способности, релативно усклађена са међународним документима.<sup>6</sup>

Као што је већ поменуто, за прелазак са медицинског на социјални модел процене способности нарочито је важна Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом, која је ратификацијом постала део националне регулативе, а њене одредбе имају снагу једнаку одредбама домаће регулативе. Конвенција читавом својом садржином указује на промену правца од, још увек уобичајеног, рутинског става да треба лишавати пословне способности особе са менталним сметњама, према ставу да особама којима је потребна подршка у реализацији њихове пословне способности, исту треба и обезбедити, уместо да им се ова способност одузима (Thornicroft и други, 2011, 236). Заправо, Конвенција користи израз „*legal capacity*”, што би у преводу на српски била пословна способност (с обзиром да у англосаксонском праву не постоји подела на правну и пословну способност) (члан 12 Конвенције о заштити права особа са инвалидитетом). Међутим, у преводу Конвенције на српски језик, искоришћен је израз „*правни капацитет*” и то, верујемо, не случајно. Текст Конвенције указује на то да није ствар о пословној или правној способности, већ о способности за расуђивање, капацитету особе са инвалидитетом да по различитим питањима релевантним за њу одлучује сама или уз подршку друге особе („*supported decision making*”), уместо да за њу одлучује неко други („*substitute decision making*”) (Сјеничић, Перић, 2020: 69).

Државе потписнице Конвенције, укључујући Србију, сматрају се одговорним за реализацију обавезе да поштују, штите и омогуће реализацију права свих особа са инвалидитетом да живе у заједници, са могућностима избора које имају и друга лица. Оне су обавезне да предузму ефикасне и адекватне мере да омогуће особама са инвалидитетом могућност потпуног

6 Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији за период од 2020. до 2024. године, Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, Закон о правима пацијената, Закон о заштити лица са менталним сметњама, Закон о здравственој заштити и др.

коришћења њихових права и њихово пуно укључивање у заједницу. Та права су, на пример: право на личну слободу и безбедност (члан 14 Ковенције о заштити права особа са инвалидитетом), слобода од тортуре или суровог, нехуманог или деградирајућег третмана или кажњавања, и од експлоатације, насиља и злоупотребе (чланови 15 и 16 Конвенције о заштити права особа са инвалидитетом), право на самосталан живот и укљученост у заједницу (члан 19 Конвенције о заштити права особа са инвалидитетом), право на уживање највишег доступног стандарда физичког и менталног здравља (члан 25 Конвенције о заштити права особа са инвалидитетом), права на рад и запошљавање (члан 27 Конвенције о заштити права особа са инвалидитетом), право на адекватан стандард живота (члан 28 Конвенције о заштити права особа са инвалидитетом).

У циљу унапређења механизма заштите права особа са инвалидитетом на уживање способности за расуђивање и пуне примене законских решења прописаних Конвенцијом и Законом о ванпарничном поступку, у корист особа са инвалидитетом, током 2019. и 2020. године спроведено је истраживање на тему става према пословној способности особа са инвалидитетом, правосудног и система социјалне заштите, на територији Града Београда. У даљем тексту ће бити изложена ова истраживања и њихови резултати.

### **3. Кратак приказ инструмената истраживања о начину примене законског решења процене пословне способности**

Током 2019. године Комора социјалне заштите је заједно са Институтом друштвених наука спровела истраживање чија се прва фаза састојала од анализе узорка седамдесет и једног центра за социјални рад<sup>7</sup> (од 170 центара укупно у Србији). У узорак су укључена и поједина одељења Градског центра за социјални рад града Београда (од чијих је седамнаест

---

7 ЦСР Алибунар, Ада, Александровац, Алексинац, Апатин, Ариље, Бабушница, Бачка Паланка, Бачки Петровац, Баточина, Бела Црква, Бела Паланка, Блаце, Босилеград, Брус, Бујановац, Чачак, Ђићевац, Чока, Ђуприја, Димитровград, Дољевац, Горњи Милановац, Ириг, Ивањица, Кладово, Коцељева, Ковачица, Краљево, Крушевац, Лепосавић, Лозница, Љиг, Мали Зворник, Међуопштински центар Косовска Митровица, Нова Варош, Нови Сад \*Одељење Беочин, Нови Сад, Пожаревац Пожега, Прибој, Пријепоље, Ражањ, Рековац, Сента, Шид, Сјеница, Смедерево, Сокобања, Србобран, Стара Пазова, Међуопштински центар Штрпце, Призрен и Гњилане, Суботица, Трстеник, Ужице, Варварин, Велико Градиште, Врњачка Бања, Жабал, Жагубица, Житиште, Зрењанин, Димитровград, Градски центар за социјални рад Београд и то одељења Земун, Савски Венац, Сопот, Вождовац, Сурчин, Раковица, Обреновац, Младеновац, Гроцка, Барајево, Нови Београд, Чукарица и Стари град.

одељења<sup>8</sup>, тринаест узело учешћа у истраживању<sup>9</sup>). Истраживање је имало за циљ анализу примене законског решења процене пословне способности у циљу заштите права и интереса корисника лишених пословне способности, односно анализирање да ли се заштита корисника побољшала након увођења новог законског решења у вези са институтом лишења пословне способности, којим се обавезују судови да у одређеном року, не дужем од три године, процењују да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере лишења пословне способности. Истраживање је такође било усмерено на испитивање суштинских разлога за покретање поступака поновне процене/преиспитивања пословне способности (поред формалне обавезе суда утврђене изменама Закона о ванпарничном поступку из 2014. године).

Прва фаза истраживања се састојала од квантитативног и квалитативног дела. Квантитативни се, између осталог, односио на анализу података о броју лица у потпуности лишених пословне способности, броју лица која су делимично лишена пословне способности, број покренутих поступака за враћање пословне способности у односу на субјекте који су покренули поступак, у односу на смештај штићеника, у односу на године живота штићеника (одрасли и стари), број поступака који је позитивно решен (у којима је корисницима потпуно или делимично враћена пословна способност) у односу на смештај штићеника, по годинама (у односу на одрасле и старе); и, број поступака враћања пословне способности који је обустављен или прекинут, по годинама (у односу на одрасле и старе).

Квалитативни део се односи на најчешће разлоге за покретање поступака поновне процене пословне способности, мотиваторе приликом давања предлога за враћање пословне способности, и најчешће разлоге због којих се обустављају поступци лишења и враћања пословне способности корисника.

Подаци су прикупљани упитником који је дистрибуиран центрима за социјални рад електронским путем током августа 2019. године. Центри за социјални рад су давали податке о случајевима који се воде код њих као предмети.<sup>10</sup> Међутим, када се ради о поступцима лишења пословне способности, центар за социјални рад је, свакако, у готово свим случајевима, укључен или упознат са вођењем поступка, ради заштите

---

8 Барајево, Вождовац, Гроцка, Звездара, Земун, Лазаревац, Младеновац, Нови Београд, Обреновац, Палилула, Раковица, Савски венац, Сопот, Стари Град, Сурчин и Чукарица.

9 Земун, Савски венац, Сопот, Вождовац, Сурчин, Раковица, Обреновац, Маденовац, Гроцка, Барајево, Нови Београд, Чукарица и Стари град.

10 Сходно начину евидентирања документације у складу са Уредбом о канцеларијском пословању „Сл. гласник РС“ бр. 21/20.

интереса лица о чијој се пословној способности ради. Исто тако, егзактан број ванпарничних поступака није био толико релевантан у истраживању, колико тенденција ка поновном покретању поступака, као и тенденција ка потпуном, делимичном лишењу или враћању пословне способности, у току поступака.

У другој фази истраживања, 2019–2020. године, анализирани су судске одлуке које су се тичале лишења и враћања пословне способности, спроведена је анализа одлука Првог, Другог и Трећег основног суда у Београду донетих 2019. године по питању покретања и исхода поступака о лишењу и поновној процени пословне способности. Анализа је обухватила 13 општина града Београда које припадају ужем градском језгру (Први основни суд – Врачар, Звездара, Палилула, Савски венац и Стари град; Други основни суд – Вождовац, Гроцка, Раковица и Чукарица; и Трећи основни суд – Земун, Нови Београд и Сурчин) (члан 3 Закона о седиштима судова и јавних тужилаштава).

#### **4. Кључни налази истраживања**

##### ***4.1. Резултати истраживања спроведеног на узорку одељења Градског центра за социјални рад у Београду***

###### *4.1.1. Покретање поступака лишења пословне способности*

Од тринаест београдских општина анализираних са становишта случајева центара за социјални рад, у чак осам је број лишења у благом порасту после 2014. године, односно после измена Закона о ванпарничном поступку. Од тих осам, четири су централне београдске општине, док је четири приградских општина. Ово је важно напоменути јер се највећи број едукација на тему пословне способности и њене процене према социјалном а не према медицинском моделу, као и едукација на тему обавезне поновне процене пословне способности (са циљем да се утврди да ли се код особе нешто променило у способности доношења одлука) на три године, спроводио у Београду. У том смислу је податак да је број лишења после 2014. године у порасту, доста обесхрабрујући. Наравно, пораст лишења не мора бити само последица недовољне едукације. Број чинилаца који утичу на овакве исходе поступака је велики, и треба их тражити и у структури становништва, концентрацији становништва у београдским општинама, социјално-економским узроцима и слично. Но, свакако, не треба занемарити потенцијалан недостатак знања код свих учесника у поступку лишавања пословне способности.

У четири (три градске општине и једна приградска) од тринаест одељења број лишења је стабилан, односно сличан као пре 2014. године или варира, а у једном одељењу је у благом паду (приградска општина).

#### *4.1.2. Поступци поновне процене/преиспитивања пословне способности*

С обзиром на величину београдских општина, мало је поступака за поновну процену пословне способности покренуто (за девет одељења пријављује се тридесет и један покренут поступак укупно за цео период посматрања), а тамо где јесу покренути углавном су позитивно решени (пар њих још није окончано). Три од наведених тринаест одељења или није покретало поступке, или једноставно није попунило ту рубрику. Једно приградско београдско одељење је циљано покренуло 2017. године поступке за преиспитивање одлука о лишењу пословне способности за сва лица која су била на евиденцији тог одељења као лица под старатељском заштитом. Таквих је особа било 254, али никоме није враћена пословна способност у потпуности, само је једном лицу делимично враћена. У смислу покретања поступака, ово је позитиван изузетак који се састоји у разумевању улоге центра за социјални рад. Већина ових поступака је, међутим, покренута да би се испитао “психички статус корисника”, а није поменута социјална функционалност истих, што је једно од објашњења чињенице да способност није никоме враћена. Наравно, мотив центара за социјални рад да покрене поступке не обавезује суд у извођењу других доказа (поред медицинских) који му стоје на располагању. У том смислу, пропусти у смислу непотпуног доказног поступка се могу наћи и на страни других учесника у поступку лишења, а не само на страни центра за социјални рад.

Од 2014. године до тренутка спровођења истраживања прошло је скоро пет година. До сада су све одлуке о лишењу или делимичном лишењу пословне способности бар једном морале бити ревидиране. Поступке поновне процене, наравно, није морао покретати центар за социјални рад, али је он један од потенцијалних покретача, и свакако један од најпозванијих да поступак покрене<sup>11</sup>, будући да је центар, често, и старатељ

---

11 Према Правилнику о организацији, нормативима и стандардима рада центра за социјални рад, центри имају обавезу поновног прегледа тј. реализовања поновне процене (ревизије) особа која су под старатељском заштитом. Тако да и у оквиру ових поступака могу проценити неопходност покретања поступака за враћање пословне способности уколико се процени да корисник функционише боље, да је самосталнији, да може самостално да заступа и штити своја права и интересе и сл. Такође, и Породични закон налаже обавезу подношења старатељског извештаја, његово преиспитивање од стране центра за социјални рад, као и његово усвајање. Старатељски извештај би требало да садржи и податке који се односе на функционисање штићеника у



лица без пословне способности, па тиме и надлежан да се брине о његовим интересима. Чак и да није покретач, центар за социјални рад би требало да има увид у то да ли је неко други покренуо поступак, али у пракси обично није тако.

Мали број покренутних поступака за поновну процену пословне способности може бити последица разних фактора (социјалних, економских, недовољна развијеност услуга у заједници), али уколико се висок број лица лишених пословне способности повеже са непокретањем поступака за поновну процену пословне способности, може се свакако закључити да је један од разлога раста броја лица која су лишена и недостатак свести стручних радника центара за социјални рад да су активни учесници у поступку, а они су, као органи старатељства, најпозванији да се баве питањима пословне способности корисника.

У наведеним београдским општинама, два одељења од десет која су одговорила на питање разлога покретања поновне процене пословне способности навела су *мешовите разлоге* (медицинске, али и социјалне), нпр. „здравствено стање под контролом и редовном терапијом у вишегодишњој стабилној ремисији, али и функционисање корисника у погледу самосталности и успешног задовољавања примарних потреба, уз успешну активацију капацитета корисника. Стимулативна породична средина и адекватна подршка”. Или „Боље функционисање лица уз лечење и адекватну терапију. Лекарски извештаји о статусу и функционисању”. Нико од стручних радника не наводи шта значи „боље функционисање корисника”, односно, у којој области је боље.

Половина од броја центара који су дали одговоре на ово питање наводи разлоге за иницирање поступка поновне процене пословне способности углавном *здравственог карактера*: „Побољшање здравственог стања корисника. Потпуна апстиненција од психоактивних супстанци и злоупотребе алкохола; Налаз неуропсихијатра (судског вештака) углавном потврди претходну одлуку суда и лице и даље остане под старатељском заштитом. Судски вештаци, у претежном броју случајева, на основу своје процене потврде претходну меру, те лице и даље остаје у истом статусу; Дуготрајна стабилна ремисија услед редовног узимања терапије; Апстиненција од алкохолизма; Побољшање у психичком статусу корисника.“ Међу њима има и центара из централних градских и приградских општина Београда. Треба напоменути да су неки разлози

---

претходном периоду, способност непосредне бриге о себи, сналажење у социјалном окружењу и сл.

двосмислени и да се, због кратког одговора, не може ући у суштину става. На пример, „побољшање у психичком статусу корисника“ може значити да се води рачуна само о здравственом стању, али и да се узима у обзир корисничково свеопште функционисање.

Три од десет одељења (од чега два из приградских општина) која су одговорила на питање најчешћих разлога за покретање поступка враћања пословне способности, навело је готово само тзв. *социјалне разлоге* за покретање поступка: „Свеукупно функционисање лица под старатељством; Брига о најбољем интересу штићеника и уважавање његових грађанских права; Примена теоријско-методолошког приступа у социјалном раду и коришћење системско-еколошке перспективе, посебно последњих година, умногоме позитивно утичу на конкретан рад са корисницима. Потреба прилагођавања и развијања система социјалне заштите са другим системима у друштву, као и интензивнија подршка локалне заједнице, између осталог, највише би помогла корисницима који су лишени пословне способности као и органу старатељства да пружи сву неопходну подршку за квалитетно функционисање корисника лишених пословне способности у отвореној заштити и на тај начин још више подржи концепт деинституционализације установа социјалне заштите. Овакав став показује постојање јасне свести међу стручним радницима одређених београдских одељења о потреби процене корисника према “социјалном моделу” (еколошко системском моделу), односно неvezано искључиво за дијагнозу и његово здравствено стање. И, као што је речено, поред суштинских разлога, Одељење Младеновац је као разлог навело и то што је поновна процена обавеза према изменама Закона о ванпарничном поступку из 2014. године.

Анализирајући отворене одговоре, можемо да приметимо да стручни радници, у случајевима када покрећу поступке из тзв. социјалних разлога, не наводе конкретне области у којима се примећује боље функционисање корисника, на који начин понашање и функционисање корисника доприноси квалитету његовог живота. То није случај када је реч о разлозима здравственог карактера, где наводе конкретна понашања или ситуације које утичу на доношење одлуке о покретању поступка преиспитивања одлуке о враћању пословне способности. Управо ово говори у прилог и даље присутном превладавању медицинског модела процене корисника, чак и у ситуацијама када се социјални фактори наводе као опредељујући.

#### *4.1.3. Обуставе поступка враћања пословне способности*

Питање разлога обуставе поступка је постављено као збирно питање и за иницијални поступак лишења, као и поступак провере разлога за даље трајање мере лишења. Одговори који се могу сматрати заједничким у највећем броју случајева обуставе су: смрт корисника, недолазак корисника на рочиште или непојављивање предлагача, повлачење предлога. У одређеним случајевима, разлог обуставе поступка је мали број запослених и стручних радника и њихова немогућност да се појаве на рочишту као привремени непосредни старатељи, у ком случају суд не прихвата другог стручног радника са овлашћењима, што се може тумачити и као кадровски и као организациони недостатак органа старатељства.

Као основ обуставе поступка провере разлога за даље трајање лишења наводи се и недостатак подршке заједнице, недовољни ресурси за саветодавни рад са корисником, недовољна породична подршка. Ови разлози показују недостатак системских ресурса који би омогућили друштвену подршку лицу о чијој се пословној способности одлучује.

У одређеном броју случајева се наводи да је главни разлог обуставе овог поступка то што су судски вештаци констатовали да није дошло до промене у психичком стању која би била значајна за враћање пословне способности. Као разлог непокретања оваквог поступка се наводи да ординирајући психијатри јако ретко дају у извештајима предлог и изјашњење у погледу покретања оваквог поступка.

Уколико се ради о обустави поступка лишења, као разлог се наводи и побољшање психичког статуса лица и функционисања у окружењу.

Анкета спроведена у одређеном броју одељења Градског центра за социјални рад Београд показује свест о потреби процене корисника и према "социјалном моделу", односно не у потпуности везано за дијагнозу и његово здравствено стање. Са друге стране, изостаје иницијатива центра, односно одељења, као органа старатељства да покреће поступке поновне процене (сем у случају једне приградске општине), што због недостатка знања да се на овакав начин заступају најбољи интереси корисника, што због недостатка времена због оптерећености послом, а што због става да је за то потребно позитивно мишљење вештака психијатра, а можда и због ослањања на то да ће суд поступак покренути по службеној дужности.

Резултати истраживања указују да стручни радници перципирају неопходност холистичке процене, али и недостатак људских ресурса у социјалној заштити који би се на суштински начин бавили тиме, као и

свест о недостатку услуга у заједници којима би се корисник који има способност за расуђивање подржао у њеној реализацији.

Са друге стране, у појединим одељењима постоји заблуда о томе да поступак треба обуставити ако судски вештаци психијатри констатују да није дошло до промене у психичком стању која би била значајна за враћање пословне способности, односно да поступак не треба ни покретати ако ординирајући психијатри не дају у извештајима предлог и изјашњење у погледу покретања поступка поновне процене. Ово указује на потребу континуиране едукације стручних радника у социјалној заштити о правним механизмима процене пословне способности, као и о доказним средствима која се у поступцима могу користити (без ограничавања само на средства која су обавезна, као што је психијатријско вештачење) (Сјеничић, Перић, 2020: 76).

#### **4.2. Резултати истраживања судске праксе ванпарничних београдских судова**

Када се ради о судској пракси у овој области, као што је поменуто, истраживана је пракса Првог, Другог и Трећег основног суда у Београду, који покривају територију од 12 (од укупно 17) општина Града Београда<sup>12</sup>, што значи да покривају, мерено по броју општина, оквирно две трећине Београда. Предмет истраживања били су: поступци за лишење пословне способности (било делимично, било потпуно), поступци за враћање пословне способности и поступци провере постојања услова за лишење пословне способности. Разматрани су само поступци окончани у 2019. години, а резултати истраживања биће презентовани по судовима.

##### **4.2.1. Први основни суд у Београду**

У овом суду у 2019. години окончано је 119 поступака лишења, провере да ли има услова за враћање и враћања пословне способности. Од овог броја, 24 поступака је покренуто пре 2014. године, а почев од 2014. године 95 поступака. Потпуним лишењем пословне способности окончано је 25 поступака, и то у свим случајевима са временом провере од 3 године.

---

12 Према члану 3 Закона о седиштима судова и јавних тужилаштава поменути судови су надлежни за следеће општине: Први основни суд у Београду за територију градских општина Врачар, Звездара, Палилула, Савски венац и Стари град; Други основни суд у Београду за територију градских општина Вождовац, Гроцка, Раковица и Чукарица; Трећи основни суд у Београду за територију градских општина Земун, Нови Београд и Сурчин.

Четири поступка је окончано одбијањем предлога за лишење пословне способности. Пет поступака је окончано делимичним лишењем пословне способности, најчешће у погледу располагања имовином и знатнијим новчаним средствима, као и у погледу доношења одлука које се тичу лечења. Код ових пет поступака, ни у једном време провере да ли постоје услови за враћање пословне способности није краће од 3 године. Један поступак је окончан потпуним враћањем пословне способности, а предлагач је био Градски центар за социјални рад Одељење Врачар. Лицу је пословна способност враћена у поступку преиспитивања услова за лишење пословне способности. Једанаест поступака окончано је одбацивањем предлога, од чега два због недостатка средстава за вештачење. Дванаест поступака за проверу услова за враћање пословне способности окончано је решењем да нема услова за враћање и новим временом провере од 3 године. Поновна процена пословне способности у свим случајевима покренута је по службеној дужности, по протеклу рока провере. Тридесет и пет поступака за лишење, проверу или враћање пословне способности окончано је обуставом због смрти странке – противника предлагача. Двадесет и три поступка окончано је повлачењем предлога. На други начин окончано је седамнаест поступака.

У већини поступака за лишење и проверу услова за постојање разлога за продужење лишења коришћени су налази вештака (према закону то јесте обавезан доказ, али фактички он није извођен у свим поступцима), али су у четири предмета саслушани противници предлагача, дакле лица о чијој се пословној способности одлучује. У три је коришћена и медицинска документација. У двадесет и једном поступку коришћен је као доказ искључиво налаз вештака. Примећујемо да судови не наводе да су у поступцима користили мишљења центара за социјални рад као доказно средство. Ово можемо да тумачимо и чињеницом да судије обично третирају центре за социјални рад као недовољно компетентне из угла процене потреба корисника, а са друге стране могућ разлог за то су и недовољно комплексно написано мишљење водитеља случаја, непоткрепљено доказима и чињеницама.

#### *4.2.2. Други основни суд у Београду*

У овом суду у 2019. години окончан је сто и један поступак лишења, провере да ли има услова за враћање и враћања пословне способности. Од овог броја пре 2014. године покренуто је пет, а почев од 2014. године 96 поступака. Потпуним лишењем пословне способности окончано је 60 поступака, у свим случајевима са временом провере од 3 године. Два поступка окончана су одбијањем предлога за лишење пословне способности. Пет је

окончано делимичним лишењем пословне способности, најчешће у погледу располагања имовином и знатнијим новчаним средствима, као и у погледу доношења одлука које се тичу лечења. Време провере да ли постоје услови за враћање пословне способности није краће од 3 године.

Три поступка је окончано потпуним враћањем пословне способности, у два је предлагач враћања био Градски центар за социјални рад, а у једном члан породице. Један поступак окончан је одбацивањем предлога, због непотпуних података о противнику предлагача.

Девет поступака за проверу услова за враћање пословне способности окончано је решењем да нема услова за враћање и новим временом провере од 3 године. Поновна процена пословне способности у свим случајевима покренута је по службеној дужности, по протеклу рока провере.

Девет поступака за лишење, проверу или враћање пословне способности окончано је обуставом због смрти странке – противника предлагача. Пет поступака окончано је повлачењем предлога. На други начин окончано је пет поступака.

У поступцима за лишење и проверу услова за постојање разлога за продужење лишења коришћени су налази вештака, али су у седам предмета саслушани противници предлагача, дакле лица о чијој се пословној способности одлучује, у два су саслушани сведоци, у шест је читан извештај комисије Републичког фонда за пензијско осигурање, а у четрдесет је коришћена и медицинска документација. У четири предмета извођен је и доказ читањем извештаја психолога, а у пет је коришћено и мишљење органа старатељства који је истовремено у поступку учествовао и као предлагач. У двадесет и шест поступака коришћен је као доказ искључиво налаз вештака.

#### *4.2.3. Трећи основни суд у Београду*

У овом суду у 2019. години окончано је тридесет и осам поступака лишења, провере да ли има услова за враћање и враћања пословне способности. Од овог броја пре 2014. године покренуто је четири, а почев од 2014. године тридесет и четири поступка. Потпуним лишењем пословне способности окончано је осам поступака, у свим случајевима са временом провере од 3 године. Један поступак је окончан одбијањем предлога за лишење пословне способности. Два је окончано делимичним лишењем пословне способности. Ни у једном од поступака време провере да ли постоје услови за враћање пословне способности није краће од 3 године.

Ниједан поступак није окончан делимичним или потпуним враћањем пословне способности.

Један поступак за проверу услова за враћање пословне способности окончан је решењем да нема услова за враћање и новим временом провере од 3 године. Поновна процена пословне способности покренута је по службеној дужности, по протеклу рока провере.

Шест поступака за лишење, проверу или враћање пословне способности окончано је обуставом због смрти странке – противника предлагача. Девет поступака окончано је повлачењем предлога. На други начин окончано је пет поступака.

У поступцима за лишење и проверу услова за постојање разлога за продужење лишења коришћени су налази вештака, али су у два предмета саслушани противници предлагача, такође су у два случаја саслушани предлагачи, у два предмета саслушани су привремени старатељи из круга породице, у једном је саслушан сведок, у једном је читан извештај полиције, а у пет је коришћена и медицинска документација. Ни у једном поступку није коришћен као доказ искључиво налаз вештака, већ је одлука суда заснована и на другим доказима који су овде побројани.

#### ***4.3. Сумарна запажања о поступању судова који су опсервирани***

И поред тога што је статистика која је приказана ограничена, како територијално, с обзиром на то да су њоме обухваћени само судови који територијално покривају уже градско језгро Београда, тако и временски, јер се односи само на поступке који су започети и окончани у 2019. години, ипак се могу запазити одређене тенденције. Оне су у неким аспектима охрабрујуће, а за неке се може закључити да захтевају даљи рад и едукацију судија и осталих учесника у поступку.

Охрабрује то што се у овим поступцима све чешће користе, мада још увек недовољно, и друга доказна средства, а не само вештачење преко вештака психијатара, из чега се може извести закључак да су судови почели да пажњу поклањају психосоцијалном аспекту овог проблема, не свдећи га на чисто медицинску проверу, каква је преовладавала у ранијем периоду. Иако је саслушање лица о чијој се пословној способности одлучује увек било обавезно доказно средство по Закону о ванпарничном поступку, уз стриктно прописане изузетке, овај се доказ раније веома ретко или готово никад није изводио, док је сад евидентан извесан број поступака у којима је и овај доказ изведен и цењен приликом одлучивања. Такође, прибављање мишљења психолога у извесном броју случајева буди наду

да се судови у свом поступању окрећу свеобухватнијем психосоцијалном сагледавању пословне способности. Најзад, преиспитивање услова да неко лице буде лишено пословне способности од 2014. године спроводи се редовно у оквиру рокова провере који су одређени ранијим одлукама о лишењу. Судови то раде, у највећем броју случајева, и без предлога овлашћених лица, по службеној дужности, чиме се доприноси томе да се за лица лишене пословне способности створи извесност да ће услови лишавања бити проверавани периодично.

Са друге стране, још увек претежу поступци у којима се од доказа изводи једино психијатријско вештачење, а постоји и мањи број случајева у којима се као једини доказ користи мишљење органа старатељства који је истовремено предлагач лишења пословне способности. То се не може сматрати добром праксом, јер суд заправо доноси одлуку а да се није на поуздан начин уверио у стање лица о чијој пословној способности одлучује, односно поклања потпуну веру једној од страна у поступку. Овим се противник предлагача доводи у неравноправан и пасиван положај, односно према њему се поступа као према објекту, а не субјекту права. Осим тога, уколико орган старатељства има улогу да заступа интересе лица о чијој се пословној способности одлучује, ово свакако није добар пример заступања интереса, ни са становишта тог органа, ни са становишта суда који овакву интерпретацију улоге заступања интереса прихвата. Мишљење органа старатељства би требало да буде један од доказа, а никако једини доказ.

Ово нам такође казује да се још увек потреби за преиспитивање услова за лишење пословне способности неког лица приступа са недовољном пажњом, такорећи по инерцији, а да се покретањем поступка провере по службеној дужности од стране судова само формално, а врло ретко суштински, одлучује о условима да се неком лицу даље ускрати или врати пословна способност. Судови таквим поступањем стављају лице које је лишено пословне способности у положај објекта, а не субјекта права. И време провере, које никад није краће од законског максимума (три године), иде у прилог оваквом запажању.

Најзад, приметан је одређени број број обустава због смрти странке. Из тих се података може закључити да су у овим поступцима била лишена пословне способности углавном старија лица, што би одговарало старосној структури становништва у општинама које су у надлежности ових судова. Без обзира на то, потребно је да се у сваком конкретном случају провери да ли неко лице и даље треба да буде, делимично или потпуно, лишено пословне способности јер је то његово право, наспрам кога стоји обавеза



суда и других органа државе да поступак провере спроведу суштински законито, а не само формално.

## **5. Анализа резултата истраживања и закључци**

Наведена анализа упућује на то да и поред позитивних помака до којих је у Србији дошло у погледу правне регулативе која уређује поступке лишења пословне способности, њена примена у пракси не иде у прилог заштите најбољих интереса лица која су лишена, потпуно или делимично, пословне способности.

Разлоге за овакву ситуацију можемо да тумачимо првенствено недостатком системских решења, у смислу поступања свих актера у поступку – судова, органа старатељства, здравствених установа и лекара вештака, до сродника и социјалне средине у којој особе које су лишене пословне способности живе.

Број покренутих поступака за лишење пословне способности је и даље у порасту. Поразна је чињеница да се многи поступци обустављају због смрти корисника, па се поставља питање да ли код старијих и болесних особа лишених пословне способности судови увек морају да одреде рок од три године за проверу постојања услова за лишење, или би ови рокови морали бити краћи, на пример годину дана.

И поред повећања броја поступака за преиспитивање лишења пословне способности, није велик број лица којима је пословна способност враћена. Ово може да говори у прилог томе да су овлашћени предлагачи недовољно добро изводили и ценили доказе, да се орган старатељства није фокусирао на опис стања и потреба корисника, његово функционисање, већ су у поступцима учествовали да би испунили форму.

Такође, можемо да закључимо да је и даље доминантан приступ заштити лица лишених пословне способности – медицински, и да се сви, првенствено судови, у поступању воде искључиво медицинским разлозима. Медицински модел је присутан и у раду центара за социјални рад, иако већина, декларативно заступа супротна становишта. На овакав закључак указују разлози који се наводе за покретање поступака за враћање пословне способности. Такође, као доказно средство се, у највећем броју случајева, појављују налази лекара психијатра о функционисању корисника. Ниједан стручни радник не наводи друге доказе – нпр. извештаје о функционисању корисника услуге у заједници (дневни боравак, персонални асистент, помоћ у кући и сл.), извештаје из установе социјалне заштите у којој је корисник смештен, изјаве сродника и других особа значајних за корисника,

результате тестова, скала процене и других мерних инструмената који указују на способности корисника.

Став учесника у поступку процене пословне способности би морао ићи у правцу омогућавања остваривања заштите права и интереса лица о чијој се способности ради, уз повећање њихове партиципације у поступку, али и свеобухватног сагледавања њиховог стања, процене потреба, снага и ризика, степена процењене функционалне ефикасности. Да би се овакав став постигао, неопходно је радити на едукацији и подизању свести свих учесника у поступку, јер је то једини начин заштите ових лица.

### Литература/References

Бекер, К., Перић, С., Стефановић, Л. (2020). *Смернице за центре за социјални рад*. Београд: Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом.

Драшкић, М. (2015). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Конвенција о правима особа са инвалидитетом, 2006, Доступно на: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>, Приступљено 22. 07. 2020.

Плазанић, Љ. (2020). *Истраживачки налази о праксама центара за социјални рад у вези са лишавањем пословне способности*, Београд: Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом (МДРИ-С).

Поњавић, З., Влашковић, В. (2019). *Породично право*. Београд: ЈП "Службени гласник".

Породични закон, "Сл. гласник РС" бр. 18/2005, 72/20011 и 6/2015.

Правилник о организацији, нормативима и стандардима рада у центрима за социјални рад, „Сл. гласник РС“ бр. 59/2008, 37/2010, 39/2011, 1/2012, 51/2019, 12/2020.

Сјеничић, М., Перић, С. (2020). Right of persons deprived of legal capacity and their protection, U: ur. Dukanac, Vesna, Đurić, Milorad, *Thematic collection of proceedings of the international importance Lastes developments in speech therapy, occupational therapy and social work; Between tradition and transition*. Београд: Висока школа социјалног рада. 65–80.

Сјеничић, М., Јовановић, М. (2017). Међусекторска сарадња у пружању услуга и заштита права корисника резиденцијалног смештаја, у: ур. Сјеничић, Марта, Марковић, Милан, *Обезбеђивање здравствене заштите*

*особама са менталним сметњама у складу са људско-правним стандардима.* Београд: Удружење правника за медицинско и здравствено право Србије – СУПРАМ, Институт друштвених наука.

Сјеничић, М., Весић, З. (2017). Политика запошљавања особа са менталним потешкоћама, *Социјална политика*, год. 52, бр. 2-3/2017, Београд, Институт за политичке студије. 67–84.

Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији, „Сл. гласник РС” бр. 1/2017.

Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији за период од 2020. до 2024. године, „Сл. гласник РС”, бр. 44/2020.

Thornicroft, G., Szmulker, G., Mueser, T. K., Drake, R. (2011), *Oxford Textbook of Community Mental Health*, Oxford, Oxford University Press.

Уредба о канцеларијском пословању, „Сл. гласник РС” бр. 21/2020.

Закон о седиштима судова и јавних тужилаштава, „Службени гласник РС” бр. 101/2013.

Закон о седиштима јавних тужилаштава, „Службени гласник Републике Србије” бр. 101/2013.

Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, „Сл. гласник РС” бр. 42/2009.

Закон о правима пацијената, „Сл. гласник РС”, бр. 45/2013 и 25/2019.

Закон о ванпарничном поступку „Сл. гласник СРС” бр. 25/82 и 44/88, „Сл. гласник РС” бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015.

Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС” бр. 25/2019.

Закон о заштити лица са менталним сметњама, „Сл. гласник РС”, бр. 45/2013.

**Marta Sjeničić, L.L.D.,**

*Senior Research Associate,  
Institute of Social Sciences in Belgrade*

**Sandra Perić,**

*Director of the Social Protection Chamber, Belgrade*

**Dragana Marčetić,**

*Judge of the High Court in Belgrade*

**THE JUDICIARY SYSTEM AND THE SOCIAL CARE SYSTEM  
POLICY ON CONTRACTUAL CAPACITY: OVERVIEW OF  
RESEARCH CONDUCTED IN THE CITY OF BELGRADE**

**Summary**

*Contractual capacity is the starting point for exercising most human rights. It entails the capacity to sign contracts and enter into the legal transactions, and it is a gateway to exercising a range of labour, voting, family, property, succession (etc.) rights envisaged by the law. The full deprivation of contractual capacity leads to the deprivation of most other capacities. Thus, a person is de iure and de facto excluded from societal life. The mechanism for deprivation of contractual capacity exists in both domestic and foreign jurisprudence, as a way of protecting individual rights. The deprivation of contractual capacity in adults is applicable when the competent authority determines one's mental or intellectual impairment. In the past, the prevailing approach to establishing such disability was the medical approach, which is largely the same today, while the social model is seldom applied.*

*The issue of protection of the right to contractual capacity has seldom been comprehensively analyzed, either from the standpoint of social care services or from the standpoint of jurisprudence. Yet, they are both equally relevant in the process of assessing contractual capacity. This paper presents the results of research conducted in social care centers and courts in the territory of the City of Belgrade (Serbia). The research was aimed at establishing whether the status and position of social care service users has improved after introducing the legal mechanism authorizing the courts to assess (within a specific time limit) if there are reasons for continuing the imposed measure of deprivation of contractual capacity, as well as to analyze the major reasons for initiating the legal action for reassessment of contractual capacity.*

**Keywords:** *contractual capacity, social care center, medical model, social model, court assessment.*

**Dr Slađana Aras Kramar,\***  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Zagrebu, Republika Hrvatska

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-26804

UDK: 341.231.14-053.2(497.5)  
347.61/.64 (497.5)  
Раd примљен: 28.05.2020.  
Раd прихваћен: 30.07.2020.

## **OVRHA RADI PREDAJE DJETETA I OSTVARIVANJA OSOBNIH ODNOSA S DJETETOM U SVJETLU HRVATSKIH I EUROPSKIH NOVINA**

**Sažetak:** Rad sadrži analizu i raspravu o novinama koje su hrvatskim Obiteljskim zakonom iz 2015. unesene u ovršni postupak radi predaje djeteta i ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, uzimajući u obzir procesnopravni subjektivitet i položaj djeteta, posebice njegovo pravo na izražavanje mišljenja i utjecaj na tijek ovršnog postupka, kao i značenje metoda stručnog rada centra za socijalnu skrb i obiteljske medijacije na taj postupak. Tomu slijedi rasprava i evaluacija novih rješenja Briselske uredbe II ter na području priznavanja i ovrhe odluka u predmetima roditeljske odgovornosti s prekograničnim elementom u svjetlu procesnih prava djeteta, potrebe za postizanjem učinkovitosti ovršnih postupaka, kao i okolnosti značajnog rizika za dijete koje mogu utjecati na ovrhu odluka u predmetima roditeljske odgovornosti donesene u drugoj državi članici EU. U zaključnom dijelu rada, autor iznosi sumarnu sintezu glavnih rezultata istraživanja, kao i određene preporuke de lege ferenda.

**Ključne riječi:** ovrha, predaja djeteta, ostvarivanje osobnih odnosa, dijete, roditelj, postupak, hrvatsko pravo, BU II bis, BU II ter.

---

\* saras@pravo.hr

## 1. Uvod

Ovršni postupci radi predaje djeteta i ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom, onako kako u bili postavljeni Zakonom o braku i porodičnim odnosima iz 1978,<sup>1</sup> posebice nakon njegove izmjene i dopune iz 1989,<sup>2</sup> nisu se u bitnome mijenjali sve do 2014.<sup>3</sup> Te je godine bio stupio na snagu te se počeo primjenjivati Obiteljski zakon,<sup>4</sup> treći (istoimeni) Zakon donesen nakon osamostaljenja Republike Hrvatske. Njegova rješenja preuzeta su i u četvrti Obiteljski zakon iz 2015, koji ni kvalitativno ni kvantitativno značajno ne odstupa od svog prethodnika (v. Vlada Republike Hrvatske, 2015: 181–183).<sup>5</sup>

Obilježja su hrvatske obiteljskopravne reforme u ovom području, u prvom redu, u posebnom propisivanju ovršnih postupaka radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom u odnosu na ovršni postupak radi predaje djeteta. Od ZBPO-a je vrijedilo rješenje prema kojemu su se na ovršni postupak radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom primjenjivale odredbe ovršnog postupka radi predaje djeteta, uključujući, dakle, i sve karakteristike te načela toga postupka, među ostalim, prisilno oduzimanje i predaja djeteta kao sredstvo ovrhe.<sup>6</sup> Izmjene se očituju i u terminologiji. Od „susreta i druženja“, hrvatski zakonodavac je optirao za pojam „ostvarivanja osobnih odnosa“ (v. Vlada Republike Hrvatske, 2015: 205). Uz nomotehničke i terminološke izmjene, novine u ovršnom postupku radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom očituju se u obvezi održavanja ročišta prije donošenja rješenja o ovrsi, saslušavanja djeteta i drugih stranaka u postupku, upućivanju djeteta na stručni razgovor i/ili stranaka postupka na

1 Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1978, *Narodne novine SRH*, 11/78, 27/78 – ispravak, 45/89, 51/89 – pročišćen tekst, 59/90; u daljnjem tekstu: ZBPO.

2 V. čl. 32–39 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o braku i porodičnim odnosima iz 1989, *Narodne novine SRH*, 45/89.

3 O uređenju ovršnih postupaka prema (starom) Obiteljskom zakonu iz 2003. (*Narodne novine RH*, 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 5/15; u daljnjem tekstu: ObZ 03) v. više u: Dika, 2003.

4 Obiteljski zakon iz 2014, *Narodne novine RH*, 75/14, 83/14, 5/15; u daljnjem tekstu: ObZ 14.

5 12. siječnja 2015. Ustavni sud Republike Hrvatske bio je donio Rješenje o pokretanju postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom ObZ-a 14 (broj: U-I-3101/2014 i dr.; *Narodne novine RH*, 5/15). Tim je Rješenjem Sud bio odredio privremenu „suspenziju“ ObZ-a 14, na način da je do donošenja konačne odluke u postupku ustavne kontrole bio privremeno obustavio izvršenje svih pojedinačnih akata i radnji koje se poduzimaju na temelju ObZ-a 14, te odredio primjenu (starog) ObZ-a 03. U kontekstu Rješenja USRH-a i privremene obustave primjene odredaba ObZ-a 14, nadležno je ministarstvo u veljači i travnju 2015. objavilo Nacrte prijedloga (četvrtog) Obiteljskog zakona. Obiteljski zakona je donesen 18. rujna 2015. (*Narodne novine RH*, 103/15, 98/19, 47/20 – v. čl. 35 Zakona o Centru za posebno skrbništvo; u daljnjem tekstu: ObZ 15). ObZ 15 stupio je na snagu 1. studenog 2015. (čl. 562 ObZ 15).

6 V. čl. 393, u vezi s čl. 387 ZBPO-a (pročišćen tekst).

obiteljsku medijaciju, posebnim razlozima odgode ovrhe, kao i značenju protivljenja djeteta ostvarivanju osobnih odnosa na njihovo prisilno ostvarivanje u ovršnom postupku.

Novim ObZ-om 15 redefiniran je i ovršni postupak radi predaje djeteta, posebice propisivanjem suradnje suda, centra za socijalnu skrb i policije, odnosno policijskog službenika za mladež u provođenju ove ovrhe prisilnim oduzimanjem i predajom djeteta. Tomu treba pridodati i mogućnost suda da prije određivanja sredstva ovrhe sasluša osobu protiv koje se provodi ovrha, kao i mogućnost upućivanja djeteta na stručni razgovor, uzimajući u obzir okolnosti slučaja tijekom ovoga ovršnog postupka.

Razloge hrvatske obiteljskopravne reforme u području prisilnog ostvarivanja predaje djeteta te prava na osobne odnose u ovršnom postupku treba tražiti u međunarodnim i europskim standardima. Kao uzor, u ovom području se ističu Preporuka VE (91) 9 o hitnim mjerama u obiteljskim stvarima (1991) i njezina načela, kao i Vodič za uspješnu primjenu Haške konvencije od 25. listopada 1980. o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (v. Vlada Republike Hrvatske, 2015: 180, 184; Rešetar, 2014: 121–122). Tu svakako treba istaknuti i Konvenciju UN o pravima djeteta (1989),<sup>7</sup> (Europsku) Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950),<sup>8</sup> Europsku konvenciju o ostvarivanju dječjih prava (1996)<sup>9</sup>, te Konvenciju o kontaktima s djecom (2003).<sup>10</sup> Također, uvažavajući okolnost da je Hrvatska država članica Europske unije (u daljnjem tekstu: EU), popisu treba pridodati i Povelju o temeljnim pravima EU<sup>11</sup>, te Uredbu Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003. o nadležnosti i priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000.<sup>12</sup>

Na rezultate hrvatske obiteljskopravne reforme, uz istaknute međunarodne i europske izvore, utjecali su i problemi u praksi ovršnih postupaka radi predaje

---

7 Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta iz 1989, *Službeni list SFRJ*, 15/90; *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*, 12/93; u daljnjem tekstu: KPD.

8 Zakon o potvrđivanju (Europske) Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950, *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*, 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

9 Zakon o potvrđivanju Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava iz 1996, *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*, 1/10, 3/10.

10 Zakon o potvrđivanju Konvencije o kontaktima s djecom iz 2003, *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*, 7/09.

11 Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the EU* 2012, C 326; u daljnjem tekstu: PTP EU.

12 Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003. o nadležnosti i priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000, *Službeni list EU* 2003, L 338; u daljnjem tekstu: BU II bis.

djeteta i ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom (u terminologiji (starog) ObZ-a 03), a koji se mogu podvesti pod zajednički nazivnik, i to neučinkovitost ovrhe. Na neučinkovitost ovršnih postupaka radi predaje djeteta, te onih radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom ukazivala su pojedina empirijska istraživanja provedena u vrijeme dok se primjenjivao ObZ 03 (v. Rešetar, 2008: 307–324; Žagar, 2013: 83–97; Stokić, 2013: 11–12).

U novije vrijeme, na razini EU i njezinih država članica, bilježe se, također, značajnije izmjene sustava priznavanja i ovrhe (izvršenja) odluka u predmetima roditeljske odgovornosti. BU II *bis* bila je predmet druge revizije, a što je rezultiralo donošenjem nove Uredbe Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i ovrši odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, te o međunarodnoj otmici djece (preinaka).<sup>13</sup> BU II *ter*, u načelu, počeo će se primjenjivati 1. kolovoza 2022. godine.<sup>14</sup> Obilježje je cijele revizije Briselskog II sustava u jačanju procesnog prava djeteta na izražavanje mišljenja, te zaštiti najboljeg interesa djeteta. Navedeno je našlo svoj odraz i u prepoznavanju razloga za privremenu odgodu ovrhe, pa i odbijanje ovrhe odluke o roditeljskoj odgovornosti donesene u drugoj državi članici. Tomu treba pridodati i učinkovitost ovrhe kao cilj koji se, među ostalim, nastojao postići širenjem sustava tzv. direktne ovrhe na sve odluke o roditeljskoj odgovornosti.

Rad sadrži analizu i raspravu o novinama koje su ObZ-om 15 unesene u ovršni postupak radi predaje djeteta, i onaj o ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom, uzimajući u obzir procesnopravni subjektivitet i položaj djeteta, posebice njegovo pravo na izražavanje mišljenja i utjecaj na tijek ovršnog postupka, kao i značenje metoda stručnog rada centra za socijalnu skrb i obiteljske medijacije na taj postupak (v. *infra ad* 2). Tomu slijedi rasprava i evaluacija novih rješenja BU-a II *ter* na području priznavanja i ovrhe odluka u predmetima roditeljske odgovornosti u svjetlu procesnih prava djeteta, potrebe za postizanjem učinkovitosti ovršnih postupaka, kao i okolnosti značajnog rizika za dijete koje mogu utjecati na ovrhu odluka u predmetima roditeljske odgovornosti donesene u drugoj državi članici EU-a (v. *infra ad* 3). U zaključnom dijelu rada, autor iznosi sumarnu sintezu glavnih rezultata istraživanja, kao i određene preporuke *de lege ferenda* (v. *infra ad* 4).

---

13 Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i ovrši odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, te o međunarodnoj otmici djece (preinaka); *Službeni list EU 2019*, L 178; u daljnjem tekstu: BU II *ter*.

14 Čl. 105 BU-a II *ter*.



## **2. Ovrha radi predaje djeteta i ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom u hrvatskom pravu**

### **2.1. Ovrha radi predaje djeteta**

#### **2.1.1. Stranke postupka**

Važnu novinu u propisivanju postupka ovrhe radi predaje djeteta predstavlja odredba čl. 513, st. 3 ObZ-a 15, prema kojoj je izrijekom priznat procesnopravni subjektivitet djeteta. Stranke u postupku ovrhe radi predaje djeteta su dijete, roditelji, druga osoba s kojom će, odnosno kod koje će dijete na temelju odluke suda stanovati i centar za socijalnu skrb (čl. 513, st. 3 ObZ 15). To je i u skladu s načelnom odredbom ObZ-a 15, kojom je djetetu priznat položaj stranke u svim postupcima pred sudom u kojima se odlučuje o njegovim pravima i interesima (čl. 358 ObZ 15).

Različito od ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom,<sup>15</sup> kod ovrhe radi predaje djeteta, ObZ 15 propisuje da prijedlog za ovrhu može podnijeti roditelj, odnosno druga osoba s kojom će, odnosno kod koje će dijete na temelju odluke suda stanovati, kao i centar za socijalnu skrb na temelju odluke suda o mjerama za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta (čl. 513, st. 4. i 5 ObZ 15). Iako su djeca od isključivog predmeta ovrhe dobila i procesnopravni subjektivitet ObZ-om 15, otvoreno je pitanje mogu li ga ona i kako ostvarivati samostalno i neovisno od roditelja kao zakonskog zastupnika. To je pitanje posebice naglašeno ako se uzme u obzir i okolnost da u odredbama o ovrsi radi predaje djeteta nije izrijekom propisano pitanje imenovanja posebnog skrbnika, u slučaju postojanja sukoba interesa između djeteta i roditelja, kao što je to slučaj s ovrhom radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom (v. čl. 521, st. 3. i 4 ObZ 15). Treba istaknuti da je jedna od vrijednosti novog obiteljskoprocenog zakonodavstva u osnivanju ustanove, Centra za posebno skrbništvo, čiji zaposlenici, pravnici s pravosudnim ispitom, zastupaju djecu i odrasle osobe s invaliditetom u sudskim postupcima, kao i utvrđuju, te prenose mišljenje djeteta sudu.

Uzme li se u obzir da se djetetu izrijekom priznaje položaj stranke, kao i okolnost da dijete kao stranka može od suda zahtijevati da mu prizna postupovnu sposobnost s procesnopravnim učinkom u konkretnom sudskom postupku,<sup>16</sup> treba uzeti da bi dijete bilo i procesnopravno legitimirano pokretati ovršne postupke radi svoje predaje (*arg. ex:* čl. 358, čl. 413, st. 3 ObZ 15) i u njima

<sup>15</sup> V. *infra ad* 2.2.1.

<sup>16</sup> U stvarima u kojima se odlučuje o osobnim pravima i interesima djeteta, sud će na zahtjev djeteta rješenjem dopustiti djetetu koje je navršilo četrnaest godina da iznosi činjenice, predlaže dokaze, podnosi pravne lijekove i poduzima druge radnje u tom postupku ako je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji, a o čemu će prethodno zatražiti mišljenje centra za socijalnu skrb (čl. 359, st. 1 i 2 ObZ 15).

djelovati kao postupovno sposobna stranka pod pretpostavkom da mu je sud priznao tu sposobnost (*arg. ex* čl. 359 ObZ 15). Uz to, treba uzeti da bi centar za socijalnu skrb ili sud, ako je to centar propustio učiniti, mogao djetetu imenovati posebnog skrbnika i u ovršnom postupku radi njegove predaje ako bi postojao sukob interesa između djeteta i roditelja (*arg. ex*: čl. 240, st. 1, t. 2 i 8 ObZ 15). Prilikom razmatranja situacija u kojima dolazi do ovrhe radi predaje djeteta, treba uzeti u obzir i okolnost da može biti riječ o odlukama prema kojima će dijete stanovati s drugom osobom.

### **2.1.2. Stručni razgovor i odgoda ovrhe**

U ovrsi radi predaje djeteta novinu predstavlja i odredba čl. 517, st. 1 ObZ-a 15, prema kojoj sud može prije određivanja sredstva ovrhe saslušati osobu protiv koje se ovrha provodi. Navedenu odredbu treba tumačiti u sklopu intencije zakonodavca za sporazumnim rješavanjem prijepora, te dobrovoljnom predajom djeteta (v. čl. 9 ObZ 15). Uz to, sud može dijete uputiti na stručni razgovor, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja tijekom postupka ovrhe (čl. 517, st. 2 ObZ 15), kao i, treba uzeti, slučajeve kada se dijete starije životne dobi protivi ovrsi. U takvim slučajevima, sud može i odgoditi ovrhu, kao i u slučaju kada je u tijeku postupak radi izmjene odluke koja služi kao osnova za ovrhu, ako se time bitno ne ugrožavaju osobni i drugi važni interesi djeteta (čl. 519 ObZ 15).

Vrijednost je ObZ-a 15 u prepoznavanju prava djeteta na izražavanje mišljenja u svim postupcima u kojima se odlučuje o osobnim i imovinskim pravima i interesima (čl. 360 ObZ 15), tako i u ovršnim postupcima radi njegove predaje.<sup>17</sup> Treba, međutim, primijetiti da protivljenje djeteta ovrsi radi njegove predaje nema ono značenje koje se ObZ-om 15 pridaje protivljenju djeteta ovrsi radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem.<sup>18</sup> Kod ovrhe radi predaje djeteta roditelju, ObZ 15 ne propisuje odbijanje prijedloga za ovrhu u slučaju da dijete koje je navršilo četrnaest godina se protivi predaji roditelju s kojim, odnosno kod kojega bi trebalo stanovati prema odluci suda, i nakon razgovora sa stručnom osobom. Neovisno o tome, treba uzeti da bi (ovršni) sudac morao moći donijeti odluku kojom obustavlja ovrhu u slučaju snažnog protivljenja djeteta ovrsi radi njegove predaje, ako bi to zahtijevalo i opravdavalo načelo zaštite dobrobiti djeteta, kao temeljno načelo, kao i sve okolnosti konkretnog slučaja, i to primjenom odredaba

---

17 Pravilnikom o načinu pribavljanja mišljenja djeteta (*Narodne novine RH*, 123/15) propisuje se način pribavljanja mišljenja djeteta, kao i stručna osoba, prikladno mjesto te postupak utvrđivanja mišljenja djeteta.

18 V. *infra ad* 2.2.4.

Ovršnog zakona<sup>19</sup> koji se u ovim obiteljskim ovršnim postupcima primjenjuje na odgovarajući način (v. čl. 346 ObZ 15).<sup>20</sup>

### **2.1.3. Određena pitanja postupka**

Prema ObZ-u 15, sud će s obzirom na okolnosti slučaja odrediti ovrhu radi predaje djeteta izricanjem i provođenjem (1) novčane kazne do trideset tisuća kuna, (2) zatvorske kazne u trajanju od jednog dana do šest mjeseci, ili (3) prisilnog oduzimanja i predaje djeteta (čl. 514, st. 1 ObZ 15). Pri ocjeni koje će se sredstvo ovrhe primijeniti treba uzeti u obzir sve okolnosti slučaja te, ako se svrha ovrhe nije mogla postići jednim od već izrečenih sredstava, sud može odrediti drugo sredstvo propisano ObZ-om 15 (čl. 514, st. 1 i 3 ObZ 15).

U sklopu ObZ-a 15, donesen je Pravilnik o načinu postupanja i suradnje suca, stručnog radnika centra za socijalnu skrb i policijskog službenika za mladež prilikom prisilnog oduzimanja i predaje djeteta<sup>21</sup> kojim je preciziran način postupanja i suradnje, kao i jasno razgraničenje zadataka suda, centra za socijalnu skrb, te policije, odnosno osoba iz tih tijela koje sudjeluju u provedbi ovrhe. Cilj postupanja suda jest učinkovita provedba ovrhe radi prisilnog oduzimanja i predaje djeteta, uz ograničenje da se ovršne radnje mogu poduzimati samo ako je to u skladu s temeljnim načelom o prvenstvenoj zaštiti dobrobiti i prava djeteta.<sup>22</sup> Pritom je sud dužan radnje u postupku poduzimati žurno, u koordinaciji s ostalim tijelima i osobama u tim tijelima koja sudjeluju u provedbi ovrhe.

PPOPD-om naglasak je stavljen na koordinaciju nadležnih tijela koja sudjeluju u ovrsi radi predaje djeteta. Tu koordinaciju obavlja sud po ovršnom sucu, odnosno sudskom ovršitelju kojem je spis dodijeljen u rad, a ona podrazumijeva povezivanje tijela i osoba u tim tijelima koja sudjeluju u postupku ovrhe, usuglašavanje o vremenu i mjestu uredovanja, kao i održavanje koordinacijskog sastanka prije samog provođenja postupka radi izravne međusobne razmjene informacija bitnih za uspješnu realizaciju ovršnog postupka na kojem će se usuglasiti pojedinačne zadaće tijela i osoba koja sudjeluju u postupku, razmotriti raspoložive informaci-

---

19 Ovršni zakon iz 2012, *Narodne novine RH*, 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17; u daljnjem tekstu: OZ.

20 Riječ je o odredbama čl. 72 OZ-a o obustavi ovrhe, prema kojima će se ovrha obustaviti, među ostalim, ako je postala nemoguća ili se iz drugih razloga ne može provesti.

21 Pravilnik o načinu postupanja i suradnje suca, stručnog radnika centra za socijalnu skrb i policijskog službenika za mladež prilikom prisilnog oduzimanja i predaje djeteta, *Narodne novine RH*, 48/16, 112/18; u daljnjem tekstu: PPOPD.

22 Čl. 4 PPOPD-a.

je o djetetovom fizičkom i psihičkom stanju, razmotriti je li potrebna nazočnost doktora medicine, odnosno ekipe hitne medicinske pomoći i sl.<sup>23</sup>

Treba istaknuti da su PPOPD-om izrijeком propisane pretpostavke primjene sredstva prisile. Ovršni sudac, odnosno sudski ovršitelj, po potrebi može naložiti i uporabu sredstava prisile od strane policije prema osobi koja ometa ovrhu radi prisilnog oduzimanja i predaje djeteta ili ugrožava dobrobit djeteta.<sup>24</sup> Pritom je za postupanja prema djetetu ovlašten policijski službenik za mladež, koji je prema mogućnosti istog spola kao dijete koje se prisilno oduzima.<sup>25</sup> Kod primjene policijskih ovlasti, policijski službenik mora uzeti u obzir dob, te fizičko i psihičko stanje osobe nad kojom primjenjuje policijske ovlasti, kao i utjecaj koji bi primjena policijskih ovlasti mogla imati na dijete radi čije predaje se provodi ovrha, odnosno utjecaj na druge osobe.<sup>26</sup>

Novinu predstavlja i ovlast suda da na teret svojih proračunskih sredstava odredi sudjelovanje stalnog sudskog vještaka iz područja psihologije i/ili psihijatrije radi zaštite dostojanstva i/ili dobrobiti djeteta, u cilju savjetodavne potpore u provedbi ovrhe, a kako bi se izbjegla uporaba sredstava prisile prema djetetu radi čije predaje se provodi ovrha.<sup>27</sup> Značajna je i savjetodavna uloga stručnih radnika centra za socijalnu skrb, kao i pružanje stručne pomoći i podrške djetetu i drugim osobama koje sudjeluju u provedbi ovrhe.<sup>28</sup>

U provedbi ovrhe radi prisilnog oduzimanja i predaje djeteta, novinu predstavlja i propisivanje načina praćenja suradnje svih tijela koja sudjeluju u toj ovrshi, izvještavanje predsjednika suda koji je provodio ovrhu o uočenim nedostacima, kao i njegova dužnost, u slučajevima učestalih nedostataka u suradnji i nemogućnosti njihovog otklanjanja, da o tome podnese izvješće ministru pravosuđa.<sup>29</sup>

## **2.2. Ovrha radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom**

### **2.2.1. Stranke postupka**

Stranke ovršnog postupka radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom su dijete, roditelji i druge osobe koje na temelju ovršne isprave imaju pravo na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom (čl. 521, st. 2 ObZ 15). Uz to, ObZ 15 propisuje da

23 V. čl. 5–6 PPOPD-a.

24 Čl. 11, st. 2 PPOPD-a.

25 Čl. 18, st. 1 PPOPD-a.

26 Čl. 19 PPOPD-a.

27 Čl. 11, st. 3 PPOPD-a.

28 V. čl. 13–15 PPOPD-a.

29 V. čl. 21–23 PPOPD-a.

prijedlog za ovrhu može podnijeti roditelj, odnosno druga osoba koja na temelju ovršne isprave ima pravo na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom, ali i dijete (čl. 521, st. 3 ObZ 15).

Otvoreno je pitanje kako tumačiti citiranu odredbu čl. 521, st. 3 ObZ-a 15. Priznaje li se njome samo procesna legitimacija, ovlaštenje za pokretanje postupka radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem, odnosno drugom osobom ili i specifična, *ad hoc* postupovna sposobnost djetetu. Stoga, ako bi dijete podnijelo prijedlog za pokretanje ovršnog postupka radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem, odnosno drugom osobom, sud bi bio dužan postupiti s tim prijedlogom kao s prijedlogom potpuno poslovno sposobne osobe. Pri razmatranju navedenog pitanja treba uzeti u obzir odredbu čl. 521, st. 4 ObZ-a 15, prema kojoj dijete u ovršnom postupku radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem, odnosno drugom osobom zastupa posebni skrbnik kojeg imenuje centar za socijalnu skrb, ako postoji sukob interesa između djeteta i roditelja, odnosno roditelja s kojim dijete stanuje. U tom slučaju, ako je djetetu imenovan posebni skrbnik, prestaju ovlaštenja roditelja na zastupanje djeteta u postupku (čl. 521, st. 4, reč. 2 ObZ 15).

Treba uzeti da se odredbom čl. 521, st. 3 ObZ-a 15 propisuje pitanje procesne legitimacije djeteta, ovlaštenja za pokretanje ovršnog postupka, a ne i specifična postupovna sposobnost djeteta za pokretanje tog postupka (usp. Aras, 2014: 51). U prilog toga shvaćanja govori i odredba čl. 359, st. 1 ObZ-a 15, prema kojoj u stvarima u kojima se odlučuje o osobnim pravima i interesima djeteta sud će na zahtjev djeteta rješenjem dopustiti djetetu koje je navršilo četrnaest godina da iznosi činjenice, predlaže dokaze, podnosi pravne lijekove i poduzima druge radnje u postupku ako je sposobno shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnja. Dijete bi moglo poduzimati radnje u postupku s procesnopравnim učinkom, tako i u ovršnom postupku radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem, odnosno drugom osobom, ako bi mu sud dopustio da to učini na temelju svoje ocjene da je dijete u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnja (*arg. ex* čl. 359, st. 1 ObZ 15).

### **2.2.2. Obiteljska medijacija, stručni razgovor i odgoda ovrhe**

Rezultat je hrvatske obiteljskoprocесne reforme na području ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom u normativnom odvajanju tih ovršnih postupaka od onih radi predaje djeteta. Treba uzeti u obzir različitu prirodu tih ovršnih postupaka, te okolnost da se cilj kod ovrhe radi predaje djeteta u načelu ostvaruje jednokratnom radnjom, dok kod ostvarivanja osobnih odnosa treba prisilno ostvarivati kontinuirane odnose s djetetom kroz određeno vremensko razdoblje.

Prema novim rješenjima, sud će prije donošenja rješenja o ovrsi i određivanja sredstva ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom zakazati ročište na kojemu će osobno saslušati stranke kako bi utvrdio činjenice i procijenio sve okolnosti (čl. 522, st. 1 ObZ 15). Posebice je značajno istaknuti da će sud omogućiti djetetu izražavanje mišljenja, u načelu, putem posebnog skrbnika ili druge stručne osobe (čl. 522, st. 1, čl. 360 ObZ 15). Cilj održavanja ročišta u ovršnom postupku radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom je i u poticanju stranaka na sporazumno rješavanje ovih pravnih prijedora, kao i u ocjeni situacije i potrebe stručne pripreme djeteta.

Nakon što saslušaju stranke, sud može na temelju ocjene okolnosti slučaja predložiti strankama da pristupe obiteljskoj medijaciji radi sporazumnog rješavanja spora (čl. 522, st. 2 ObZ 15).<sup>30</sup> Pri ocjeni hoće li predložiti strankama obiteljsku medijaciju, sud mora uzeti u obzir i okolnost je li ona već bila prethodno bezuspješno pokušana, te nužnost žurnog postupanja u ovim postupcima (čl. 522, st. 3 ObZ 15). Uz to, ako stranke prihvate obiteljsku medijaciju, sud može odlukom detaljnije precizirati ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom za vrijeme njezina trajanja (čl. 522, st. 2 ObZ 15).

U postupku ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, sud može s obzirom na okolnosti slučaja, među ostalim, u slučaju ocjene potrebe stručne pripreme djeteta za ostvarivanje osobnih odnosa, kao i protivljenja djeteta njihovom ostvarivanju, dijete uputiti na stručni razgovor (čl. 522, st. 2 ObZ 15, čl. 525, st. 1 ObZ 15).<sup>31</sup>

Ako stranke pristanu na obiteljsku medijaciju, kao i kod upućivanja djeteta na stručni razgovor i pripremu za ostvarivanje osobnih odnosa, sud bi trebao odgoditi ovrhu radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom za trideset dana (čl. 522, st. 2, čl. 524 ObZ 15). I inače, ObZ 15 propisuje mogućnost odgode ovrhe kada je u tijeku postupak u povodu žalbe protiv prvostupanjske odluke, ili postupak radi izmjene odluke o ostvarivanju osobnih odnosa (čl. 524, st. 1 ObZ 15). U ovim slučajevima, sud bi trebao cijeniti značenje odgode ovrhe za osobne i druge važne interese djece (čl. 524, st. 2 ObZ 15).

---

30 Novina je hrvatske obiteljskoprocesne reforme i u propisivanju obiteljske medijacije kao postupka u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti spor iz obiteljskih odnosa uz pomoć jednog ili više obiteljskih medijatora (v. čl. 331 – čl. 344 ObZ 15). Ustrojen je i *Registar obiteljskih medijatora*, dok je sam postupak detaljnije propisan Pravilnikom o obiteljskoj medijaciji (*Narodne novine RH*, 123/15, 132/15, 132/17).

31 O protivljenju djeteta v. *infra ad* 2.2.4.

### **2.2.3. Određena pitanja postupka**

Do izmjena ovršnih postupaka radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom došlo je i na području sredstva ovrhe. I dok je (stari) ObZ 03 upućivao na odredbe i sredstva ovrhe koja su se koristila u ovršnom postupku radi predaje djeteta, ObZ 15 samostalno propisuje sredstva ovrhe, i to (1) novčane kazne do trideset tisuća kuna, ili (2) zatvorske kazne u trajanju od jednog dana do šest mjeseci (čl. 523, st. 1 ObZ 15). Treba primijetiti da u novom ovršnopravnom uređenju ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, ovrhu nije moguće provesti izricanjem i provođenjem prisilnog oduzimanja i predaje djeteta. Koje će sredstvo ovrhe sud primijeniti, novčanu kaznu ili zatvorsku kaznu, ovisi o ocjeni okolnosti slučaja. Pritom treba istaknuti da je u praksi najčešće sredstvo ovrhe odluka o ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom novčana kazna (v. i Žagar, 2013: 83–97).

Promatrajući sredstva ovrhe u ovršnom postupku radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, kao i prirodu odnosa koji se na taj način prisilno ostvaruje, bilo bi potrebno, *de lege ferenda*, promišljati i o mogućnosti da (ovršni) sudac, ako izostane sporazumno rješenje prijepora te uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, prije nego što odredi odgovarajuće sredstvo ovrhe uputi roditelja/e na odgovarajuće obrazovne ili psihosocijalne programe, a čiji bi ishod također mogao biti od utjecaja na daljnji tijek ovršnog postupka, odabir i određivanje sredstva ovrhe.

Uzimajući u obzir širi kontekst, posljedica nepostupanja u skladu s odlukom o ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom može biti i pokretanje odgovarajućeg (parničnog) postupka radi izmjene odluke s kojim će roditeljem dijete stanovati i o ostvarivanju osobnih odnosa. U tim bi postupcima ponašanje roditelja koji odbija postupati u skladu s odlukom o ostvarivanju osobnih odnosa, u novom obiteljskoprocesnom uređenju, imalo odgovarajuće značenje.

Sud već u kognicijskom, parničnom postupku ima obvezu, prilikom odlučivanja o ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s drugim roditeljem, u obrazloženju odluke unijeti pisano upozorenje o pravnim posljedicama nepoštivanja odluke, i to o mogućnosti izricanja novčane kazne ili zatvorske kazne, kao sredstva ovrhe, te promjene odluke s kojim će roditeljem dijete stanovati (čl. 417, st. 3 ObZ 15). Uz to, ObZ-om 15 propisana je mogućnost određivanja zaštitnih mjera u parničnom postupku odlučivanja o ostvarivanju osobnih odnosa djeteta s roditeljem kojima je cilj osiguravanje provedbe odluke, poput polaganja jamstva u novcu od strane roditelja s kojim dijete stanuje ili koji ima pravo ostvarivati osobne odnose s djetetom, predaje putovnice roditelja koji ostvaruje osobne odnose, ili njegova obveza da se javlja nadležnom tijelu u mjestu ostvarivanja osobnih odnosa. One su primjenjive kako u slučaju kad sud posumnja da bi roditelj s kojim dijete stanuje odbijao postupati u skladu s odlukom o ostvarivanju osobnih

odnosa djeteta s drugim roditeljem, tako i u slučaju ako posumnja na možebitno protupravno odvođenje djeteta od strane roditelja koji ima pravo ostvarivati osobne odnose s djetetom, uzimajući u obzir prijašnje ponašanje roditelja (v. čl. 418, čl. 419 ObZ 15).

#### **2.2.4. Protivljenje djeteta i obustava ovrhe**

ObZ-om 15 je protivljenje djeteta ostvarivanju osobnih odnosa izrijekom dobilo odgovarajuće pravno značenje u ovrsi radi prisilnog ostvarivanja tih odnosa. Protivi li se dijete koje je navršilo četrnaest godina ostvarivanju osobnih odnosa s roditeljem, odnosno drugom osobom koja na temelju ovršne isprave ima pravo na ostvarivanje osobnih odnosa s djetetom i nakon razgovora sa stručnom osobom prema uputi suda, sud će odbiti prijedlog za ovrhu (čl. 525, st. 2 ObZ 15). Citirano se rješenje opravdava interesima djeteta, odnosno da prisilno ostvarivanje osobnih odnosa nije u interesu djetetu ako se ono njima izrijekom protivi i nakon razgovora sa stručnom osobom (v. Vlada Republike Hrvatske, 2015: 303).

U sklopu značenja koje ObZ 15 izrijekom pridaje volji djeteta ako je ono navršilo četrnaest godina u ovrsi radi ostvarivanja osobnih odnosa, otvara se pitanje postupanja u onim slučajevima kada djeca mlađa od četrnaest godina se također snažno protive ostvarivanju osobnih odnosa. Kao i kod ovrhe radi predaje djeteta, treba uzeti da bi (ovršni) sudac morao moći donijeti odluku kojom obustavlja ovrhu u slučaju snažnog protivljenja djeteta mlađeg od četrnaest godina ostvarivanju osobnih odnosa, ako bi to zahtijevalo i opravdavalno načelo zaštite dobrobiti djeteta, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, i to primjenom odredaba OZ-a koji se u ovim obiteljskim ovršnim postupcima primjenjuje na odgovarajući način (v. čl. 346 ObZ 15).

### **3. Ovrha odluka u predmetima roditeljske odgovornosti u novoj BU II ter**

#### **3.1. Priznavanje i ovrha odluka**

BU II *bis/ter* temelj je pravosudne suradnje u obiteljskim predmetima država članica EU. Ona propisuje pravila o direktnoj nadležnosti u bračnim predmetima, odnosno za razvod, zakonsku rastavu (separaciju) i poništaj braka, te u predmetima roditeljske odgovornosti s prekograničnim elementom. Tomu treba pridodati njezina pravila o priznavanju i ovrsi sudskih odluka, autentičnih isprava i sporazuma u drugoj državi članici EU. U pogledu pravnog odnosa među državama članicama, njome se nadopunjuje i Haška konvencija od 25. listopada 1980. o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Haška konvencija od 25. listopada 1980. o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 7/91; *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*, 4/94; u daljnjem tekstu: HK 1980.



Značajna novina je u ukidanju egzekvaturu u odnosu na sve odluke o roditeljskoj odgovornosti iz materijalnog polja primjene Uredbe (v. čl. 34 BU II *ter*). Ocjenjeno je da je pravosudna suradnja među državama članicama EU dosegla takav stupanj zrelosti koji omogućava uklanjanje preostalih formalnosti na način da se prihvati „brži i jeftiniji sustav kretanja odluka“, koji je već prihvaćen u odnosu na odluke o ostvarivanju osobnih odnosa, određene odluke o povratku djeteta te odluke o obvezi uzdržavanja (European Commission, 2016a: 11, 56–57; European Commission, 2016b: 14). Pritom su BU-om II *ter* propisani odgovarajući zaštitni mehanizmi koji stoje na raspolaganju stranci u stadiju priznavanja, odnosno ovrhe odluke.

Protustranka/ovršnik ima mogućnost pobijanja priznavanja i/ili ovrhe odluke u državi članici priznavanja/ovrhe u istom postupku u kojem se traži njezino priznavanje i/ili ovrha u slučaju ako postoje razlozi za odbijanje priznavanja odluke (v. čl. 39, čl. 41 BU II *ter*). U skladu s BU-om II *ter*, to vrijedi i za tzv. povlaštene odluke o ostvarivanju osobnih odnosa i povratku djeteta.<sup>33</sup> Uz mogućnost pobijanja priznavanja, odnosno ovrhe odluke o roditeljskoj odgovornosti donesene u drugoj državi članici, nova BU II *ter* sadrži pravila prema kojima ovršnik ili, ako je to primjenjivo u skladu s nacionalnim pravom, dijete može zahtijevati odgodu ovrhe.

U slučajevima ovrhe odluke o roditeljskoj odgovornosti donesene u jednoj državi članici značajna je mogućnost da nadležna tijela za ovrhu ili sud<sup>34</sup> države članice ovrhe mogu reagirati na bitnu promjenu okolnosti, među ostalim, na osporavanje odluke u državi članici podrijetla, prestanak ovršnosti te odluke, ili prepreke koje se jave u stadiju ovrhe odluke, uključujući i onih tzv. povlaštenih odluka. Prema čl. 56, st. 1 BU-a II *ter*, tijelo nadležno za ovrhu ili sud u državi članici ovrhe odgađa ovrhu po službenoj dužnosti ili na zahtjev osobe protiv koje se traži ovrha ili, ako je to primjenjivo u skladu s nacionalnim pravom, na zahtjev djeteta o kojem je riječ, ako je ovršnost odluke odgođena u državi članici podrijetla. Uz to, BU-om II *ter* prepušteno je diskreciji tijela nadležnog za ovrhu ili suda da odgodi ovrhu odluke i ako postoje drugi razlozi određeni Uredbom, a u iznimnim slučajevima, i ako bi se ovrhom dijete izložilo ozbiljnom riziku

---

33 Dok prema BU II *bis* ne postoji mogućnost odbijanja njihova priznavanja i ovrhe, prema čl. 50 nove BU II *ter* priznavanje i ovrha tzv. povlaštenih odluka bit će odbijeni ako su i u mjeri u kojoj su nespojive s kasnijom odlukom o roditeljskoj odgovornosti koja se odnosi na isto dijete, a u skladu s načelom *rebus sic stantibus*. V. više u: Carpaneto, 2019: 278–279.

34 U sklopu BU-a II *ter*, „tijela nadležna za izvršenje“ mogla bi obuhvaćati sudove, sudske ovršitelje i sva druga tijela utvrđena nacionalnim pravom država članica. Kada se u BU II *ter*, uz tijela nadležna za ovrhu, izrijeком određuju i sudovi, time se obuhvaćaju slučajevi u kojima je tijelo koje nije sud u skladu s nacionalnim pravom tijelo nadležno za ovrhu, dok su određene odluke rezervirane za sudove, ili od pokretanja toga postupka, ili u obliku preispitivanja postupka tijela nadležnog za ovrhu (v. t. 60 Preambule BU II *ter*).

od fizičke opasnosti ili psihičke traume zbog privremenih prepreka koje su se pojavile nakon što je odluka donesena ili na temelju bilo koje druge bitne promjene okolnosti (v. čl. 56, st. 2 i 4 BU II *ter*).<sup>35</sup> Međutim, prije konačnog odbijanja ovrhe odluke zbog ozbiljnog rizika od fizičke opasnosti ili psihičke traume za dijete, nadležno tijelo za ovrhu ili sud države članice ovrhe bi trebao poduzeti odgovarajuće mjere za osiguranje ovrhe odluke u skladu s nacionalnim pravom i postupkom te interesima djeteta (čl. 56, st. 5 BU II *ter*), tako uz pomoć relevantnih stručnjaka, kao što su socijalni radnici ili dječji psiholozi, pripremiti dijete za ovrhu, odnosno pridobiti njegovu suradnju, a time osigurati ovrhu odluke u skladu s najboljim interesom djeteta (t. 69 Preambule BU II *ter*).

Stranka koja se protivi ovrshi odluke o roditeljskoj odgovornosti donesene u drugoj državi članici trebala bi to moći učiniti u postupku ovrhe u skladu s pravom države članice ovrhe (v. čl. 59, st. 1 BU II *ter*). Uz to, u sklopu toga postupka, uz razloge za odbijanje priznavanja, odnosno ovrhe propisane BU-om II *ter*, morala bi moći iznijeti i razloge za odgodu i odbijanje ovrhe u skladu s pravom države članice u kojoj se traži ovrha (čl. 57 BU II *ter*). Ti se razlozi primjenjuju u mjeri u kojoj nisu nespojivi s razlozima propisanim BU-om II *ter*, te bi se mogli odnositi i na prigovor da je ovrha postala nemoguća, posebice u slučaju više sile, ozbiljne bolesti osobe kojoj dijete treba predati, kazne zatvora ili smrti te osobe, ili činjenice da je država članica u koju dijete treba vratiti zahvaćena ratom nakon što je odluka donesena (t. 63 Preambule BU II *ter*).

### **3.2. Procesnopravni subjektivitet djeteta**

Novina je BU-a II *ter* u odredbi kojom se izrijekom postavljaju standardi prava djeteta, razvijeni u praksi Suda EU,<sup>36</sup> da izrazi svoje mišljenje u predmetima roditeljske odgovornosti, te u postupcima radi njegova vraćanja u skladu s HK-om 1980. (čl. 21, čl. 26 BU II *ter*). Treba istaknuti da je novom Uredbom određena njezina primjena u odnosu na svu djecu do navršениh 18 godina, uključujući i slučajeve u kojima su djeca stekla potpunu poslovnu sposobnost prije te dobi u skladu s pravom kojim se uređuje njihov osobni status (npr., sklapanjem braka) (t. 17 Preambule BU II *ter*).<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Treba istaknuti da je u Obrazloženju uz Prijedlog nove Briselske uredbe (preinaka) bilo izrijekom istaknuto da slučajeve protivnosti odluke najboljem interesu djeteta zbog promijenjenih okolnosti (npr., ozbiljna bolest djeteta) ili zbog snažnog protivljenja djeteta određene dobi i zrelosti ovrshi odluke, bi trebalo uzeti u obzir ako dosegnu značenje usporedivo s javnim poretком (v. European Commission, 2016b: 15; v. i Aras Kramar, 2017: 148).

<sup>36</sup> V. predmet C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz* [2010]: t. 66.

<sup>37</sup> HK 1980 i poglavlje III. BU-a II *ter* kojim se dopunjuje primjena te Konvencije iz 1980. u odnosima između država članica, primjenjuju se i dalje na djecu do navršениh 16 godina (t.

U skladu s čl. 24, st. 1 PTP EU, te čl. 12 KPD-a, BU-om *II ter* propisano je da su sudovi države članice EU u predmetima iz njezinog polja primjene dužni osigurati da se djetetu koje je u stanju oblikovati svoja mišljenja pruži stvarna i učinkovita mogućnost da izrazi svoja mišljenja, izravno ili putem zastupnika ili odgovarajućeg tijela, u skladu s nacionalnim pravom i postupkom te države članice (čl. 21, st. 1 BU *II ter*). Ako je djetetu pružena mogućnost izražavanja mišljenja, u skladu s nacionalnim pravom i postupkom države članice, sud mišljenje djeteta uzima u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelosti (čl. 21, st. 2 BU *II ter*).

Očito je da se BU *II ter* u odnosu na pitanja o tome tko će razgovarati s djetetom i kako će se organizirati izražavanje mišljenja djeteta oslanja na nacionalno pravo i postupak država članica. Također, iako sud države članice podrijetla odluke, u skladu s praksom Suda EU,<sup>38</sup> ima određeni stupanj diskrecije u odnosu na saslušavanje djeteta i utvrđivanje njegova mišljenja, ako sud odluči omogućiti djetetu izražavanje mišljenja, on je dužan poduzeti sve prikladne mjere u cilju osiguranja stvarne i učinkovite mogućnosti djetetu da izrazi svoje mišljenje, među ostalim, korištenjem videokonferencije ili drugog oblika komunikacijske tehnologije ako nije moguće osobno saslušati dijete te ako su dostupna tehnička sredstva (v. t. 53 Preambule BU *II ter*).

Iako je naglašeno pravo djeteta na izražavanje mišljenja, ono ne predstavlja apsolutnu obvezu, nego se mora razmotriti uzimajući u obzir interese djeteta (npr., u slučajevima u kojima postoje sporazumi sklopljeni među strankama; v. t. 39 i 71 Preambule BU *II ter*). U sklopu odredaba o priznavanju i ovrsi odluka o roditeljskoj odgovornosti te razlozima za odbijanje takvog priznavanja, izrijekom je istaknuta nemogućnost odbijanja priznavanja odluke koja bi se temeljila isključivo na okolnosti što je sud podrijetla odluke primijenio različiti način i metodu za izražavanje i utvrđivanje mišljenja djeteta od one koju bi primijenio sud države članice priznavanja i ovrhe (t. 57 Preambule BU *II ter*). Uz to, sud u državi članici ovrhe ne bi mogao odbiti ovrhu odluke isključivo na temelju okolnosti da se djetetu nije pružila mogućnost da izrazi svoja mišljenja, uzimajući u obzir njegove interese, ako se postupak odnosio samo na djetetovu imovinu i pod uvjetom da pružanje takve mogućnosti nije bilo potrebno s obzirom na predmet spora, ili u slučaju postojanja ozbiljnih razloga, uzimajući posebno u obzir hitnost slučaja (npr., kada postoji neposredna opasnost za fizički i psihički integritet ili život djeteta) (čl. 39, st. 2, čl. 41 BU *II ter*).

---

17 Preambule BU *II ter*). O međunarodnoj otmici djece u sklopu revizije Briselskog II sustava v. više u: de Sousa Goncalves, 2018.

38 V. t. 64 Presude u predmetu C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz* [2010].

Raspravljajući o procesnopravnom subjektivitetu djeteta i novoj BU II *ter*, treba istaknuti i njezine odredbe prema kojima se priznaje procesna legitimacija, ali čini se i postupovna sposobnost djeteta za zahtjeve za odgodu ovrhe, uopće protivljenje ovrsi zbog promijenjenih okolnosti, te pokretanje odgovarajućih postupaka u državi članici ovrhe, ako je ta legitimacija, odnosno sposobnost djeteta priznata i u skladu s nacionalnim pravom države članice ovrhe (v. čl. 56 BU II *ter*; usp. Carpaneto, 2019: 278).<sup>39</sup>

### **3.3. Određena pitanja uz ovrhu odluka u državi članici ovrhe**

Treba istaknuti da je u BU II *ter* naglašena vrijednost alternativnog rješavanja sporova medijacijom ili drugom metodom u svim predmetima roditeljske odgovornosti i u bilo kojem stadiju postupka, posebice u situacijama otmice djece s prekograničnim elementom (v. čl. 25 BU II *ter*). Nadležna tijela, uz pomoć središnjih tijela država članica, trebala bi razmotriti mogućnost postizanja sporazumnih rješenja, prema potrebi uz pomoć postojećih mreža i struktura za medijaciju u prekograničnim sporovima koji se odnose na roditeljsku odgovornost (v. čl. 79 BU II *ter*; usp. Carpaneto, 2019: 280–281).

U sklopu mjera i sredstva ovrhe, tijelo nadležno za ovrhu ili sud države članice ovrhe određuje provođenje ili pripremanje mjera koje treba izvršiti u stadiju ovrhe odluke, poput neprisilnih mjera, ili prisilnih mjera koje propisuje nacionalno pravo te države članice, uključujući novčane ili zatvorske kazne, ili prisilno oduzimanje i predaju djeteta od strane sudskog ovršitelja (v. t. 60 Preambule BU II *ter*). Uz to, ako odluka donesena u jednoj državi članici prema nacionalnom pravu države članice ovrhe treba biti detaljnije određena ili prilagođena, nadležno tijelo za ovrhu ili sud države članice ovrhe treba specificirati ili prilagoditi odluku uzimajući u obzir njezine bitne elemente (čl. 54 BU II *ter*). To može biti potrebno u slučajevima odluka o ostvarivanju osobnih odnosa, ako ona nije dovoljno određena u pogledu praktičnih detalja (npr., načina predaje ili preuzimanja djeteta) ili je potrebno osigurati sudjelovanje tijela za zaštitu djece ili psihologa u stadiju njezine prisilne ovrhe u skladu s nacionalnim pravom države članice ovrhe (v. t. 61 Preambule BU II *ter*).

U izboru mjera i sredstva ovrhe, posebice onih prisilne prirode, tijelo nadležno za ovrhu ili sud države članice ovrhe trebao bi postignuti ravnotežu između načelnog prava podnositelja zahtjeva na postizanje brze i učinkovite provedbe odluke o roditeljskoj odgovornosti u državama članicama EU i, ako je to potrebno, određivanjem i primjenom prisilnih mjera, i potrebe zaštite djeteta, u mjeri u kojoj je to moguće, od izloženosti takvim prisilnim mjerama ovrhe (t. 65 Preambule BU II *ter*).

---

39 O zahtjevu za odgodu ovrhe v. *supra ad* 3.1.

Promatrajući tzv. povlaštene odluke i zahtjev za učinkovitom ovrhom takvih odluka, BU II *ter* propisuje ovlast suda države članice podrijetla odluke da odredi (privremenu) ovršnost odluka donesenih u postupku radi vraćanja djeteta u slučaju otmice (čl. 27, st. 6 BU II *ter*) i odluka koje se odnose na ostvarivanje osobnih odnosa, neovisno o pravu na žalbu te iako ta mogućnost ne postoji prema nacionalnom pravu te države članice (čl. 34, st. 2 BU II *ter*).

#### 4. Zaključak

Razvoj hrvatskog obiteljskog ovršnog prava i postupka obilježila je svojevrsna emancipacija od općih instituta građanskog ovršnog prava i postupka. I dok je (odgovarajuća) primjena općih instituta građanskog ovršnog prava i njegovih načela bila pravilo, posljednja obiteljskoprocena reforma rezultirala je određenim specifičnostima i posebnim načelima ovoga područja ovršnog prava.

Obilježja su novog ObZ-a 15 u jačanju sporazumnog rješavanja sporova iz obiteljskih odnosa i njegovih metoda i u ovom stadiju postupka prisilnog ostvarenja oduka. Posebice važno mjesto zauzima neprisilna mjera koju sud može odrediti tijekom ovrhe radi predaje djeteta i ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, i to stručni razgovor i priprema djeteta. Tomu treba pridodati i napuštanje prisilnog sredstva ovrhe oduzimanjem i predajom djeteta u ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom, uzimajući u obzir prirodu odnosa, kao i njegovo trajanje, koje bi se tim sredstvom trebalo prisilno ostvarivati.

Promatrajući sredstva ovrhe u ovršnom postupku radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, kao i prirodu odnosa koji se na taj način prisilno ostvaruje, bilo bi potrebno, *de lege ferenda*, promišljati i o mogućnosti da (ovršni) sudac, ako izostane sporazumno rješenje prijepora, te uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, prije nego što odredi odgovarajuće sredstvo ovrhe uputi roditelja/e na odgovarajuće obrazovne ili psihosocijalne programe, a čiji bi ishod također mogao biti od utjecaja na daljnji tijek ovršnog postupka, odabir i određivanje sredstva ovrhe.

Iako je broj ovršnih obiteljskih predmeta u odnosu na ukupan broj ovršnih predmeta pri hrvatskim sudovima malen, okolnost da u takvim postupcima sudjeluje dijete zaslužuje odgovarajuću pozornost kako zakonodavca tako i primjenjivača pravne norme, u prvom redu, sudaca. U sklopu hrvatske obiteljskoprocene reforme, djeca su od predmeta ovrhe dobila (i) procesnopravni subjektivitet. Izrijeком je propisano da je dijete stranka postupka ovrhe radi predaje djeteta i one radi ostvarivanja osobnih odnosa. Uz to, u situacijama ovrhe radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom, izrijeком je osigurano i njegovo zastupanje neovisno i nepristrano od roditelja, putem posebnog skrbnika iz Centra za posebno skrbništvo. Volja djeteta, odnosno njegovo protivljenje je po-

stalo izrijeком правнорелевантно, barem kada je riječ o prisilnom ostvarivanju osobnih odnosa s djetetom.

Iako su djeca od isključivog predmeta ovrhe dobila procesnopravni subjektivitet, otvoreno je pitanje mogu li ga ona i kako ostvarivati samostalno i neovisno od roditelja kao zakonskog zastupnika u ovrsi radi predaje djeteta. Treba uzeti u obzir okolnost da u odredbama toga ovršnog postupka nije izrijeком propisano pitanje imenovanja posebnog skrbnika, u slučaju postojanja sukoba interesa između djeteta i roditelja, kao što je to slučaj s ovrhom radi ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom. Uzme li se u obzir da se djetetu izrijeком priznaje položaj stranke, kao i okolnost da dijete kao stranka može od suda zahtijevati da mu prizna postupovnu sposobnost s procesnopravnim učinkom u konkretnom sudskom postupku, treba uzeti da bi dijete bilo i procesnopravno legitimirano pokretati ovršne postupke radi svoje predaje i u njima djelovati kao postupovno sposobna stranka pod pretpostavkom da mu je sud priznao tu sposobnost. Uz to, treba uzeti da bi centar za socijalnu skrb ili sud, ako je to centar propustio učiniti, mogao djetetu imenovati posebnog skrbnika i u ovršnom postupku radi njegove predaje ako bi postojao sukob interesa između djeteta i roditelja. Prilikom razmatranja slučajeva u kojima dolazi do ovrhe radi predaje djeteta treba uzeti u obzir i okolnost da može biti riječ o odlukama prema kojima će dijete stanovati s drugom osobom.

U sklopu značenja koje ObZ 15 izrijeком pridaje volji djeteta ako je ono navršilo četrnaest godina u ovrsi radi ostvarivanja osobnih odnosa, otvara se pitanje postupanja u onim slučajevima kada djeca mlađa od četrnaest godina se snažno protive ostvarivanju osobnih odnosa. Također, ni protivljenje djeteta ovrsi radi njegove predaje nema ono značenje koje se ObZ-om 15 pridaje protivljenju djeteta koje je navršilo četrnaest godina u ovrsi radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem. Treba uzeti da bi (ovršni) sudac morao moći donijeti odluku kojom obustavlja ovrhu u slučaju snažnog protivljenja djeteta mlađeg od četrnaest godina ostvarivanju osobnih odnosa, kao i kod ovrhe radi predaje djeteta, ako bi to zahtijevalo i opravdavalo načelo zaštite dobrobiti djeteta, kao temeljno načelo, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, i to primjenom odredaba OZ-a koji se u ovim obiteljskim ovršnim postupcima primjenjuje na odgovarajući način.

Trebalo bi, *de lege ferenda*, u daljnjim reformskim nastojanjima jasnije odrediti procesnopravni položaj i pitanje zastupanja djeteta u ovrsi radi njegove predaje, kao i pravno značenje volje, odnosno protivljenja djeteta u ovrsi radi njegove predaje i radi ostvarivanja osobnih odnosa s roditeljem i drugim osobama.

Trendove na području hrvatskog obiteljskog ovršnog prava i postupka potvrđuju i oni europski, u situacijama s prekograničnim elementom među državama člani-

cama EU. Kao što je u radu raspravljeno, težište je u novoj BU II *ter* stavljeno na pravo djeteta na izražavanje mišljenja u predmetima roditeljske odgovornosti s prekograničnim elementom, sporazumno rješavanje obiteljskopравnih prijedora, ali i na učinkovitost ovrhe odluke u (drugoj) državi članici ovrhe. S druge strane, uvažene su i promijenjene okolnosti do kojih može doći nakon donošenja odluke u državi podrijetla, posebice protivljenje djeteta ovrsi odluke, podnošenjem zahtjeva za odgodu ovrhe u državi članici ovrhe.

BU-om II *ter* prepušteno je diskreciji tijela nadležnog za ovrhu ili suda države članice ovrhe da odgodi ovrhu odluke i ako postoje drugi razlozi njome određeni, tako i ako bi se ovrhom dijete izložilo ozbiljnom riziku od fizičke opasnosti ili psihičke traume zbog privremenih prepreka koje su se pojavile nakon što je odluka donesena ili na temelju bilo koje druge bitne promjene okolnosti. Međutim, prije konačnog odbijanja ovrhe odluke zbog ozbiljnog rizika od fizičke opasnosti ili psihičke traume za dijete, nadležno tijelo za ovrhu ili sud države članice ovrhe bi trebao poduzeti odgovarajuće mjere za osiguranje ovrhe odluke u skladu s nacionalnim pravom i postupkom te interesima djeteta, pa i uz pomoć socijalnih radnika ili dječjih psihologa pripremiti dijete za ovrhu i pridobiti njegovu suradnju.

## Literatura/References

Aras, S. (2014). Položaj djeteta u postupku prema novom Obiteljskom zakonu. U J. Barbić (Ur.), *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka* (str. 35–65). Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.

Aras Kramar, S. (2017). Revizija Briselske uredbe II *bis* o nadležnosti, priznanju i ovrsi u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti: novi izazovi pred državama članicama. *Revija za pravo i ekonomiju*. 18(1), 138–162.

C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz* [2010] ECLI:EU:C:2010:828.

Carpaneto, L. (2019). Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II *ter* Regulation. U E. Bergamini i C. Ragni (Ur.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families* (str. 265-285). Cambridge/Antwerp/Chicago: Intersentia.

Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the EU* 2012. Br. C 326.

Council of Europe, Committee of Ministers. *Recommendation No. R (91) 9 of the Committee of Ministers to Member States on emergency measures in family matters*. No. R 9 (1991).

de Sousa Goncalves, A. S. (2018). Wrongful Removal or Retention of Children and the Brussels IIA Proposed Recast. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*. XVIII, 349–370.

Dika, M. (2003). Ovrha i osiguranje u obiteljskim stvarima. U M. Alinčić *et al.*, *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive* (str. 177-214). Zagreb: Narodne novine.

European Commission. (2016a). *Commission staff working document, Impact assessment, Accompanying the document – Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decision in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), SWD(2016) 207 final*. Preuzeto 20. svibnja 2020, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0207&from=EN>.

European Commission. (2016b). *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decision in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM(2016) 411 final*. Preuzeto 20. svibnja 2020, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-411-EN-F1-1.PDF>.

Hague Conference on Private International Law. (2010). *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part IV – Enforcement*. Bristol: Family Law.

Haška konvencija od 25. listopada 1980. o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 7/91. *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*. Br. 4/94.

Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta iz 1989. *Službeni list SFRJ*. Br. 15/90. *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*. Br. 12/93.

Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku. *Registar obiteljskih medijatora*. Preuzeto 21. svibnja 2010., <https://mdomsp.gov.hr/UserDocsImages/Registri%20i%20evidencije/Registar%20obiteljskih%20medijatora%202019-10.11.pdf>.

Obiteljski zakon iz 2003. *Narodne novine RH*. Br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 5/15.

Obiteljski zakon iz 2014. *Narodne novine RH*. Br. 75/14, 83/14, 5/15.

Obiteljski zakona iz 2015. *Narodne novine RH*. Br. 103/15, 98/19, 47/20 – v. čl. 35. Zakona o Centru za posebno skrbništvo.

Ovršni zakon iz 2012. *Narodne novine RH*. Br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.



Pravilnik o načinu postupanja i suradnje suca, stručnog radnika centra za socijalnu skrb i policijskog službenika za mladež prilikom prisilnog oduzimanja i predaje djeteta. *Narodne novine RH*. Br. 48/16, 112/18.

Pravilnik o načinu pribavljanja mišljenja djeteta. *Narodne novine RH*. Br. 123/15.

Pravilnik o obiteljskoj medijaciji. *Narodne novine RH*. Br. 123/15, 132/15, 132/17.

Rešetar, B. (2008). *Pravna zaštita prava na susrete i druženje u obiteljskom pravu*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Rešetar, B. (2014). Privremena mjera i ovrha ostvarivanja osobnih odnosa s djetetom – razlozi promjena i nova rješenja. U J. Barbić (Ur.), *Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka* (str. 121-134). Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.

Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-3101/2014 i dr. o pokretanju postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Obiteljskog zakona iz 2014. *Narodne novine RH*. Br. 5/15.

Stokić, M. (2013). Neki problemi u provedbi ovrhe radi predaje djeteta. *Informativator*. Br. 6158, 11–12.

Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, te o međunarodnoj otmici djece (preinaka). *Službeni list EU 2019*. Br. L 178.

Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenog 2003. o nadležnosti i priznavanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000. *Službeni list EU 2003*. Br. L 338.

Vlada Republike Hrvatske. (2015). *Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*. Preuzeto 20. svibnja 2020, [https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080847/PZE\\_847.pdf](https://sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-01-18/080847/PZE_847.pdf).

Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1978. *Narodne novine SRH*. Br. 11/78, 27/78 – ispravak, 45/89, 51/89 – pročišćen tekst, 59/90.

Zakon o Centru za posebno skrbništvo iz 2020. *Narodne novine RH*. Br. 47/20.

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o braku i porodičnim odnosima iz 1989. *Narodne novine SRH*. Br. 45/89.

Zakon o potvrđivanju Europske Konvencije o ostvarivanju dječjih prava iz 1996. *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*. Br. 1/10, 3/10.

Zakon o potvrđivanju (Europske) Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*. Br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o kontaktima s djecom iz 2003. *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*. Br. 7/09.

Žagar, A. (2013). Ovrha radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom. *Zagrebačka pravna revija*. 2(1), 75–105.

**Sladana Aras Kramar, LL.D.,**

*Associate Professor*

*Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia*

**ENFORCEMENT OF DECISIONS ON CHILD RESIDENCE AND CONTACT ORDERS CONCERNING THE CHILD IN LIGHT OF NOVELTIES IN CROATIAN LAW AND EUROPEAN LAW**

**Summary**

*The paper contains an analysis and discussion of the novelties introduced by the Croatian Family Act of 2015 in the enforcement proceedings for handing over the child to the person entitled to custody and exercising access rights with the child, taking into account the procedural subjectivity and position of the child (especially her/his right to express opinions and thus influence the course of enforcement proceedings) as well as the significance of the methods of professional work of the social welfare center and family mediation on this procedure. Then, the author discusses and evaluates the new solutions of the Brussels II ter Regulation in the field of recognition and enforcement of decisions in cases of parental responsibility with a cross-border element in the light of procedural rights of the child and the need to achieve effective enforcement, as well as of the circumstances of grave risk to the child that may affect the enforcement of decisions in parental responsibility cases issued in another EU Member State. In the concluding part of the paper, the author presents a summary synthesis of the main results of the research, as well as certain de lege ferenda recommendations.*

**Keywords:** *enforcement, handing a child over to the person entitled to custody, exercise of access rights, child, parent, procedure, Croatian law, BR II bis, BR II ter.*

**Gordana Ignjatović\*, BA,**  
ESP/ELP Lecturer,  
Faculty of Law, University of Niš

СТРУЧНИ ЧЛАНАК  
10.5937/zrpfno-27891

378.016:811.111  
811.111'276.6:34  
Рад примљен: 10.08.2020.  
Рад прихваћен: 18.10.2020.

**INTEGRATIVE LEARNING APPROACH IN ESP/ELP:  
Theoretical framework of intradisciplinary,  
multidisciplinary, interdisciplinary, and  
transdisciplinary integration**

**Abstract:** *In English for Specific Purposes (ESP), Integrative Learning has been used in many contexts as a conceptual and structural framework for designing holistic and authentic learning experiences. This approach encompasses many intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary perspectives. Given the prominent role of English for Legal Purposes (ELP) or Legal English (LE) in legal education, this article explores the theoretical framework of Integrative Learning approach to ELP/LE curriculum design for academic and professional purposes in tertiary education. The first part of the paper presents the conceptual framework of Integrative Learning in contemporary education, legal education and ESP/ELP instruction. The second part examines the conceptual framework and tenets of different (intra/multi/inter/transdisciplinary) approaches to curriculum design. The third part reviews the tenets of the integrated curriculum, as a structural framework for integration of these diverse perspectives, focusing on the major challenges and multidimensional alignments in ELP/LE course design. As integrative learning offers viable solutions for authentic learning in various academic/professional contexts, the paper aims to encourage cooperation in developing integrated law-and-language programs and promoting interdisciplinary and transdisciplinary legal education.*

**Keywords:** *ESP, ELP, Legal English, integrative learning, integrated curriculum, authentic learning.*

---

\* goga@prafak.ni.ac.rs

## 1. Introduction

English for Legal Purposes (ELP) or Legal English (LE) is an areas of English for Specific Purposes (ESP) which has gained prominence in the past decades due to the growing global demand for effective law-and-language instruction. While Legal English has been internationally recognized as an important global legal skill (GLS, 2010), there seems to be insufficient awareness among national stakeholders about its essential role in quality legal education.

Integrative Learning has been used in many contexts as a conceptual and structural framework for designing holistic and authentic learning experiences for discourse community purposes. In ESP/ELP contexts, the integrated curriculum should include the requisite communicative competences, discipline-specific contents, and relevant ESP-specific pedagogy. The multifaceted structure and functions of ESP/ELP instruction inevitably bring into play diverse intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary perspectives, which are an integral part of the Integrative Learning framework. In the growing ESP literature, the application of this approach in ELP/LE contexts seems to be insufficiently addressed.

This article explores the theoretical framework of integrative learning approach applied in ELP/LE instructional design for academic and professional purposes (LEAP/LEPP) at the Faculty of Law, University of Niš. After presenting the conceptual framework and tenets of integrative learning in general education, legal education and ESP/ELP instruction, the author reviews the conceptual framework of various (intra/multi/inter/transdisciplinary) approaches to curriculum design. Then, the paper focuses on the integrated curriculum, as a structural framework for integration of intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives. These insights are the cornerstone for discussing the key challenges and multidimensional alignments in ELP/LE integrated curriculum design. The synergy of diverse perspectives may be a valuable asset in developing integrated law-and-language programs which would foster authentic learning for discourse community purposes and promote interdisciplinary and transdisciplinary legal education.

## 2. The Integrative Learning Approach: contemporary trends

Integrative learning is defined as “an umbrella term for structures, strategies and activities that bridge numerous divides” between theory and practice, formal and informal education, academic and community life (Klein, 2005:8). The integrative approach calls for “the new quadrangulation of disciplinary depth, multidisciplinary breath, interdisciplinary integration and transdisciplinary competences” (Klein, 2008:406).

The conceptual framework of integrative learning includes a range of related terms, which illustrate its holistic nature. Thus, it entails: a) integrative study programs (inter/transdisciplinary courses/programs, learning communities, project networks); b) integrated curriculum (standards-based, learner/learning-oriented); c) integrative pedagogy/methodology (experiential, communicative, collaborative learning); d) integrative processes (reorganization, reconstruction, convergence, transformation); e) integrative forms of instruction (research/evidence-based, competency/performance-based, process/product-based, problem/project-based) and activities (case studies, simulations); f) integrative competences/ (discourse/genre analysis, critical thinking, problem-solving, decision-making); g) integrative assessment (formal/informal, summative/formative); h) integrative support strategies (learner/learning skills, collaboration, networking, internship/externship); i) integrative sustainable solutions and outcomes for application in real-life contexts (Klein, 1999:16-23; Newell, 2010:8-11).

Therefore, integrative learning is an eclectic and holistic learner/learning-centered approach, aimed at correlating multiple perspectives, cultivating inter/transdisciplinary mindsets, developing integrated systems of knowledge/competences/values, transferring and applying them in real-world contexts. In that respect, integrative learning is correlated with some other concepts: authentic learning, the 21st century (transferable life) skills, and the global competence.

Authentic learning is an umbrella term for a set of concepts pertaining to natural, practical, meaningful and effective learning in real-life contexts or for real-world purposes. It entails various processes aimed at correlating institutional study with contents, competences, activities, methods, processes and practices actually used in real-world discourse community contexts (GSP, 2013). It includes a set of related concepts, reflecting all stages of course design: authentic approach, learner needs and contexts; authentic goals/outcomes, assessment and evaluation; authentic contents, competences and values; authentic materials and activities; authentic interaction for authentic communication, authentic learning experiences and environments. In ELP/LE, authentic learning activities are genre analysis, mock-trials, moot court simulations, etc.

Within the UN Sustainable Development Agenda (2002), in the field of Education for Sustainable Development (ESD), the UNESCO proposed the 21st Century Learning Framework, which includes the concept of essential 21st century skills, comprising three integrated life skills: 1) Learning skills (critical thinking, problem-solving, communication, collaboration; creativity, innovation, life-long learning); 2) Literacy skills (information/data, media and digital literacy); and 3) Transferable life and career skills (flexibility, adaptability, accountability, pro-

ductivity, self-direction, initiative, leadership, social skills) (UNESCO, 2012:11). It also promoted relevant support systems: curriculum design, instruction, assessment, learning environments, and professional development standards (P21, 2007:1-2). The conceptual framework of integrated learning for sustainable development includes five pillars of quality education: 1) Learning to know; 2) Learning to do; 3) Learning to be; 4) Learning to live with others; and 5) Learning for change and transformation of oneself and society (UNESCO, 2018:90). It entails “competence-based learning” and “action-oriented transformative pedagogy”, focused on “interdisciplinarity and transdisciplinarity” (UNESCO, 2018:39-40). In the 2015 UN Sustainable Development Agenda, Goal 4 reinforced the concepts of “inclusive and equitable quality education”, “life-long learning”, “effective learning environments and outcomes”, “qualified teachers and teacher training”, and “technical and vocational skills for employment” (UN SDA, 2015:21-22).

The EU strategy framework for promoting global education “for greater justice, democracy and human rights” was initially articulated in the CoE Global Education Declaration (2002). Global education is described as “an interdisciplinary pedagogical approach” to “transformative” learning on global issues (e.g. global citizenship, intercultural cooperation, human rights, conflict resolution); it is aimed at developing the global competence, “a combination” of knowledge, skills, attitudes and values (social literacy, responsible citizenship; critical/analytical thinking, problem-solving, decision-making, constructive action, cooperation, solidarity, etc.) (CoE, 2019:17-19). The OECD Learning Framework 2030 envisages “a learning compass”, depicting four quality learning assets: a) Knowledge (epistemic, procedural, disciplinary, interdisciplinary); b) Competences (cognitive/meta-cognitive, professional, social, interpersonal); c) Attitudes (principles, beliefs, judgment, conduct); and d) Values (personal, professional, local, societal and global); they are to make learners “agents of change” (OECD, 2018:4-5). The framework also envisages an “adaptable and dynamic” integrated learning-centered curriculum, based on the principles of disciplinary rigour, focus, authenticity, alignment, coherence, flexibility, transferability, engagement and choice (OECD, 2018: 6-7).

### ***2.1. Integrative learning approach in legal education***

In legal education, the prevailing teaching methods in both European-Continental and Anglo-Saxon/American legal tradition used to be the study of legal doctrine (in lectures), the Socratic (questioning) method, and the doctrinal analysis of cases (in tutorials). In the late 19th century, given the observed need for correlating theory and practice, the leading law schools in the UK (Oxford, Cambridge) and the US (Harvard) embarked on introducing “the pedagogies of

practice” (practical training) into their curricula (Wilson, 2018: 1-2). The 20th century curricular reforms gradually introduced different forms of experiential learning (by doing): legal research and writing, professional practice workshops (advocacy, ethics, rhetoric), debates, role-play, mock-trials, moot court simulations, legal clinics, internships, pro bono services, apprenticeship, etc. (Wilson, 2018:2-4, 8-9). The 21st century globalization trends prompted the inclusion of multi/inter/transdisciplinary programs, new (collaborative, project-based learning) approaches, learning formats (exchange programs, academic/professional networks, E-learning), professional practice formats (online dispute resolution), global skills (negotiation, mediation, leadership).

As the ultimate goal of legal education is to prepare students for professional practice, contemporary law schools endeavour to provide “innovative, integrated, pluralistic” competency-based and outcomes-based curricula with “experiential and differentiated learning” opportunities (Tokarz, Lopez, Maisel, Seibel, 2014: 13,20). In the USA, for example, the integrated curriculum should include four competences essential for legal professionals: a) *cognitive competences* (legal literacy; knowledge of doctrines, rules, procedures; case method, critical/analytical thinking); b) *professional competences* (legal research, analysis, interpretation, evaluation, legal writing; lawyer skills, legal argumentation, problem-solving, advocacy; public speaking); c) *professional identity and responsibility* (values, ethics, conduct, judgment); and d) *personal qualities and interpersonal communication competences* (time/case management; cooperation, team work, conflict management; pro bono services, etc.) (Munro, 1991:7; Wegner, 2011:14-19). Similarly, the concept of *global legal skills* (proposed in 2005) includes: professional competences (legal research, reasoning, writing, ethics, advocacy), language competences (legal English), and socio-linguistic, strategic, ethical and intercultural competencies (GLS, 2010). The examples show that this approach aims to enhance professionalism and employability at the (global) labour market.

## **2.2. Integrative learning approach in ELT/ESP/ELP**

English Language Teaching (ELT) methodology has generated an array of integrative learning approaches.<sup>1</sup> All these approaches are aligned with Bloom’s Taxonomy of Educational Objectives (1956) and Revised Digital Bloom’s Taxonomy (2001), practical tools for assessing learning and performance against the envisaged standards, goals and objectives (GSP, 2014).

---

1 *E.g.* Computer-Assisted Learning/CAL, Flipped/Blended Learning, Distance/Online Learning, Mobile Learning, E-Learning: Virtual Learning Environments (VLE), Learning Management Systems (LMS), and “Gamification”.

ESP course design incorporates many of these integrative approaches or their distinctive features (principles, methods, techniques, strategies, instruments and activities). Yet, compared to ELT courses, ESP courses have two distinctive features: *authenticity* and *ESP-specific methodology*, which ensure authentic learning for specific discourse community purposes. ESP/ELP learners are exposed to authentic discourse community contents, genre-specific texts, communicative competences, and discipline-specific practices. It brings into play different intra-disciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary perspectives, as well as discipline-specific principles, methods, techniques, strategies, instruments and activities. As all these perspectives have to be integrated into ESP/ELP instruction, it inevitably entails the need to devise integrative ESP-specific pedagogy/methodology. On the whole, the synergy of these diverse dimensions offers a theoretical, methodological and structural framework for integrative learning in various ESP/ELP academic/professional contexts.

### **3. The Conceptual Framework of Integration: approaches to curriculum design**

*Curriculum* is described as “a planned course of study” or “a structured series of courses”, aimed at fostering “quality learning”. It stipulates the educational policy, standards, philosophy, objectives, approaches and activities in designing, organizing and implementing a course of study or training (UNESCO-IBE, 2013:16-19). *Curriculum design* is a process of correlating these components into a coherent whole. Yet, there are different approaches to curriculum design, which reflect different degrees of contact, correlation, interaction, fusion and integration.

#### **3.1. Intradisciplinary approach**

*Intradisciplinary* implies the study within one discipline, which commonly includes a number of subdisciplines sharing sets of discipline-based knowledge, competences/skills and values/assets (Miller, 2010:3-6). The conventional institutional curriculum design relies on a *discipline-based curriculum*, including foundation (core) and specialized courses relevant in a particular field (UNESCO-IBE, 2013:23). Thus, legal education includes a range of law-related disciplines (public/private, substantive/procedural, national/international law), while linguistics entails a range of language-related disciplines (phonology, morphology, syntax, semantics, etc.).



### **3.2. Multidisciplinary approach**

*Multidisciplinarity* implies the study within one discipline supported by insights from other disciplines. It entails “juxtaposing distinctive disciplinary perspectives” (Klein, 2010:16), identifying links, aligning and coordinating perceptions but without a “systemic effort to combine or integrate the disciplines” (Miller, 2010:8). The benefits are “the accumulation of disciplinary perspectives” and resulting applications in the “host discipline” (Thompson, 2010:5), based on the concepts, methods, and instruments devised in the “contributing” disciplines (ESF, 2011:41). A *multidisciplinary curriculum* offers different courses related to the core discipline (e.g. law) but without incorporating the disciplinary insights into a new a course of study or discipline (OECD/CERI, 1972:59-60). For example, domestic violence may be examined from the perspectives of criminal law, civil law, sociology, psychology, economics, gender studies, etc.

### **3.3. Pluridisciplinary approach**

*Pluridisciplinarity* is “multidisciplinarity with a higher degree of explicit cooperation”, aimed at casting more light on an issue through the lens of several disciplines and generating outputs for further action (Davies, Devlin, Tight, 2010:21-22). A *pluridisciplinary curriculum* includes “clusters” of interrelated disciplines allowing for mutual borrowing or contributions (OECD-CERI, 1972:238). For example, juvenile delinquency may be more comprehensively addressed by relying on: criminology, criminalistics, penology, victimology, sociology; forensic psychiatry, psychology, linguistics; environmental, cultural, media studies, etc.

### **3.4. Cross-disciplinary approach**

*Cross-disciplinarity* is the study of borderline issues “at the intersection of multiple disciplines” (e.g. law and philosophy, politics, economics, society, culture, language), aimed at filling in the knowledge gaps and resolving problems that exceed disciplinary boundaries (ESF, 2011:39). The “cross-fertilization” of correlated disciplines generates “hybrid” cross-disciplinary approaches, by combining theories, standards, data, structures, approaches, methods, instruments and procedures from other disciplines (Klein, 1996:138-139). This approach may generate new sub-disciplines (e.g. sociology of law, sociolinguistics). A *cross-disciplinary curriculum* entails the inclusion of contents (e.g. civic education, human rights), competences (research methods, academic writing) and values (ethical, social, cultural assets) across different courses in the curriculum, as the cornerstone for interdisciplinary learning (UNESCO-IBE, 2013:15).

### **3.5. Interdisciplinary approach**

*Interdisciplinarity* entails “the study within multiple disciplines” by “transferring methods from one discipline to another” (ESF, 2011:39). It facilitates collaboration, analysis, synthesis, “clustering”, “cross-hybridization”, “building bridges” (Klein, 1999:9-16), “convergence”, integration of disciplinary perspectives, and “construction” of comprehensive “interdisciplinary knowledge”, aimed at generating alternative solutions for real-world problems or more efficient application of available solutions (Klein, 2010:21). For example, the interdisciplinary bridge between education and technology engendered Computer-Assisted Learning (CAL) and E-Learning varieties. In ESP/LE, the integration of linguistic, discourse and pedagogical perspectives generates new ESP-specific methodologies. Other examples of this approach are forensic, gender and environmental studies, where the insights from many natural, technical, social sciences and humanities generate new solutions for the observed problems.

### **3.6. Transdisciplinary approach**

*Transdisciplinarity* is “a higher stage of integration” which “transcends” disciplinary boundaries through “an overarching synthesis”, “assimilation” and “systematic unification of knowledge” into “new holistic conceptual frameworks” (Klein, 2010:24-25; Klein, 2015:20), new paradigms and disciplines, or groundbreaking discoveries based on “transformative” problem-based research (ESF, 2011: 40). This approach is vital in resolving “complex, multidimensional, interdependent, non-linear problems”, or emerging global issues (e.g. climate change, terrorisms, migrations, etc.) calling for viable solutions and action models (Klein, 2009:47). It entails “social transformation”, i.e. “a paradigm shift” in constructing solutions with due consideration to “normative issues and humanistic approach” (Klein, 2009:35-36). In education, it implies moving among, across and beyond disciplines, acquiring generic global competence and transferable life skills, and generating “the unity of knowledge for sustainable development” - a comprehensive body of theoretical, methodological, technical/technological, professional, practical, and ethical knowledge and competences applicable in real-life contexts (Hirsch Hadorn, 2009:1-2).

All these approaches are an integral part of the *integrative learning* approach. Considering its ample potentials for the “quadrangulation” of intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives (Klein, 2008:406), integrative learning has been the approach of choice in many ESP contexts. This eclectic approach has many benefits: a) great latitude for exploration, experimentation and creativity; b) freedom of selecting, combining, tailoring, and integrating different approaches; and c) variety of options for enhancing motivation and effectiveness of the

learning process. On the other hand, the alignment and integration of diverse perspectives is quite a challenging task.

#### **4. Integrated Curriculum: a conceptual framework for integrating diverse perspectives**

Educational literature proposes a range of curriculum design models: a) within a single discipline (fragmented, connected, nestled); b) across disciplines (sequenced, shared, webbed, threaded, integrated), and c) learner-centered models (immersed, networked) (Fogarty, 1991:61).<sup>2</sup>

The *Integrated Curriculum Model* offers a conceptual and structural framework for the integration of diverse perspectives. Initially proposed as a “differentiated learning” model for gifted students (VanTassel-Baska, 1986), it was developed as a flexible model applicable in different educational contexts. It includes three learning dimensions: a) *content dimension*: mastery of knowledge across disciplines (in-depth learning); b) *process/product dimension*: critical thinking and cognitive processes (higher-order thinking, meta-cognition, data processing, construction of knowledge, application of generic/discipline-specific skills); and c) *concept dimension*: understanding systems of knowledge, exposure to concepts and themes across disciplines to generate knowledge systems (VanTassel-Baska, Wood, 2010:345-346).

Given the lack of practical instruments for integrated curriculum design, Drake and Burns suggest the *Know/Do/Be* conceptual framework, which focuses on three key questions: a) What should learners *know* (content knowledge to ensure understanding)?; b) What should learners be able *to do* (effective performance to be productive members of the community)?; and c) What traits, attitudes and values should learners demonstrate *to be* responsible members of society? (Drake & Burns, 2004: 31). This practical tool recognizes the multifaceted nature of integrated learning, which is *standards-based, knowledge-based, competence-based* and *value-based*. Yet, in line with the contemporary trends, it may be upgraded with some dynamic verbs (*interact, collaborate, act; develop, improve, grow; transform, create, change*), which reflect the ideas of global competences, transferable life skills, and education for sustainable development.

##### **4.1. Considerations in ESP/ELP Integrated Curriculum Design: complexity**

In contemporary education, there is a need for transparent learning standards and outcomes, purposeful learning experiences, accountability and sustainability of learning for the real-world purposes. In ESP/ELP contexts, the complex

---

<sup>2</sup> For more, see: Fogarty, 1991: 61-65.

structure of the integrated learning approach is embodied in the key stages of the integrated curriculum design: 1) sound teaching pedagogy and methodology; 2) data-based needs assessment/analysis; 3) measurable learning goals and outcomes; 4) authentic texts for text/genre/discourse analysis; 5) syllabus design; 6) material design; 7) lesson planning and learning activities; 8) classroom management; 9) authentic assessment; and 10) course evaluation and reflection (Ignjatović, 2017:575). These structural components clearly illustrate the complexity of the underlying integrative processes.

Given that the integrative approach to ESP/ELP entails a comprehensive alignment and integration of the diverse linguistic, pedagogical, methodological, discursive, psychological, intercultural and ethical perspectives, the integrated curriculum design implies the need to constantly review, rethink, realign and reconstruct the learning contents, outcomes, environments and pedagogy in line with the specific learner needs. In that context, major challenges are reflected in decision-making processes, setting priorities and striking the right balance in terms of different concerns (assumed and evidence-based needs analysis; broad and in-depth knowledge; alignment of goals/outcomes and assessment tools; balanced share of communicative competences;<sup>3</sup> supportive environment and learner autonomy, etc. As already noted, additional considerations are embodied in the concepts of authentic learning and ESP-specific methodology, which are to ensure relevant, holistic, effective and enjoyable learning for real-life purposes. In order to bridge the gap between education and employment, ESP/ELP course design also has to facilitate the acquisition of the transferable life and career skills, and the global competence.

#### ***4.2. Challenges in the Integrated Curriculum***

##### ***Design: multidimensional alignments***

Integration is a challenging task in “complex, multidimensional and non-linear” systems (Klein, 2009: 47). The integrated curriculum entails multidimensional alignments and integration of different intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives, both at the institutional and course level. In this part of the paper, the author attempts to provide a summary account and visual illustration of the scope and structure of integrative processes within the curricular framework of

---

<sup>3</sup> *The communicative competence* (Hymes, 1971) entails a set of integrated competences: a) linguistic competence (language codes, conventions); b) socio-linguistic competence (socio-cultural, functional and pragmatic rules); c) discourse competence (discourse rules, genres, skills, processes); d) strategic competence (effective communication and learning rules and strategies (Friedenberg, et al., 2003:viii). For more, see: Ignjatovic, 2017: 581-582.

three ELP/LE courses provided at the Law Faculty in Niš: the introductory ELP course (in I year) and two elective Legal English/LE courses (in III and IV year).<sup>4</sup>

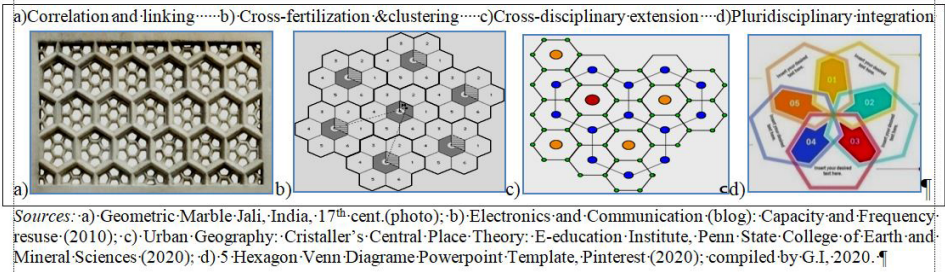
The alignment and integration processes occur within each course and across the three ELP/LE courses, in several forms: a) “*triangulation*” of knowledge, competences and values on the horizontal scale, and of learning pedagogy (philosophy, acquisition theory), methodology (methods, techniques, processes) and psychology (humanistic learning) on the vertical scale; and b) “*quadrangulation*” of intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives (Klein, 2008:406). These processes are dynamic, ongoing, correlated, concurrent, transferable and transformative. A single intervention into the course design has “a butterfly effect” on other elements; for example, introduction of a competence (e.g. paragraph writing) instantly calls for rethinking the course structure, incorporating relevant input (theoretical, structural, functional and pragmatic tenets of academic writing), distributing it across the course(s), making adjustments (in material design, activities, classroom management), devising relevant assessment tools, etc. Here, the integration processes are illustrated with reference to structures from natural, technical and social sciences.

At the institutional level, the ELP/LE course materials are aligned with the Law Faculty curriculum in terms of covering discipline/subject-specific contents which are studied in the law-related courses. This external *institutional* (cross-disciplinary and pluridisciplinary) *alignment* provides for gradual but progressive incorporation of knowledge, competences and values across the three ELP/LE courses, thus ensuring exposure to the key contents that students may encounter in their future professional life. Thus, the LF institutional curriculum may be depicted as a honeycomb structure (Figure 1), where each course (hexagon) is linked to other courses in the institutional framework; concurrently, each hexagon comprises a subset of hexagonal cells, illustrating the intricate design within each course and possible links with other courses across the framework (Fig.1.a). Such structure facilitates the creation of clusters of related disciplines by borrowing and cross-fertilization of disciplinary contents (Fig.1.b), cross-disciplinary extension (Fig.1.c), and pluridisciplinary integration of overlapping contents/competences/values, approaches/methods/strategies, and intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives (Fig.1.d).

---

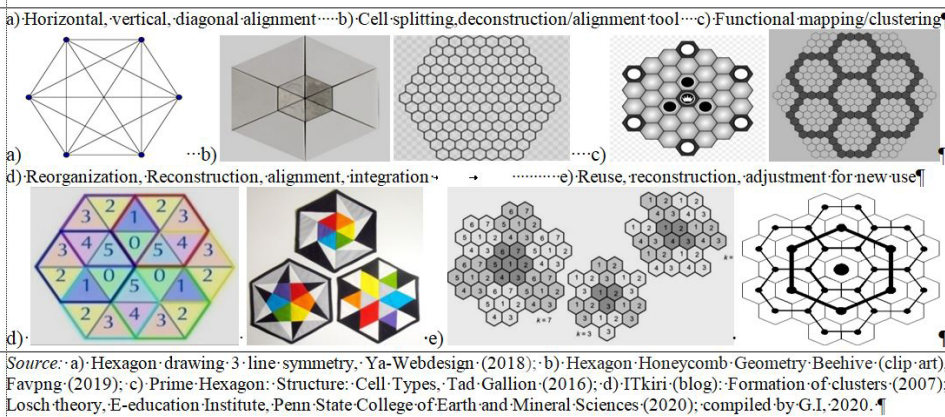
4 See: Pravni fakultet u Nišu (2020)/ Law Faculty Niš (website): ELP Course Syllabus (compulsory, 1 year) 2013; Legal English 1 Course Syllabus (elective, III year) 2013; Legal English 2 Course Syllabus (elective, IV year); (accessed 2.7.2020).

Figure 1. Institutional (external) alignment: cross-disiplinary, pluridisciplinary integration



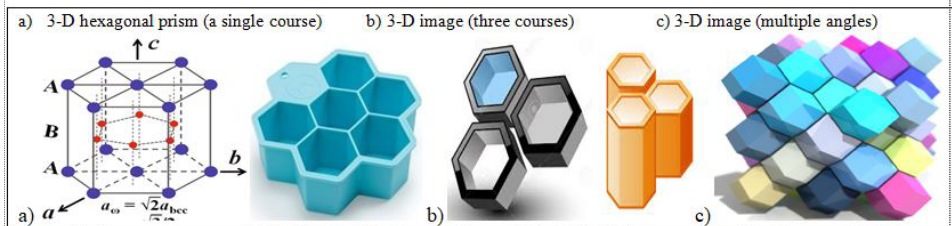
The second dimension of integration implies the *internal* (intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary) *alignment* within each course. If a course is seen as a single hexagon (Figure 2), it implies the *horizontal alignment* of contents/competences/values, the *vertical alignment* of pedagogical/methodological tenets (needs analysis, syllabus/material design; goals/outcomes, assessment; classroom management, learner skills, technology), and the *diagonal alignment* (cross-referencing) of intra/multi/inter/trans-disciplinary aspects (Fig.2.a) within each course. As hexagons allow for cell-splitting (triangles, rhomboids, hexagons), individual cells may represent manageable chunks for organization and alignment (Fig.2.b), and a blueprint for mapping, clustering, cross-referencing (Fig.2.c), reorganization, reconstruction and reintegration within each course, and alignment with other courses (Fig.2.d). The structure of content sets (knowledge/competences/values) or functional clusters (pedagogy/methodology) within a course may be reused, adjusted or reconstructed for use in other courses (Fig.2.e).

Figure 2. Internal alignment: intradisciplinary, multidisciplinary and interdisciplinary integration



Yet, if the three ELP/LE courses are observed on a continuum (as a systematic exposure to progressively more complex contents across several courses over a period of time), the 2-D image cannot depict the structural complexity of instruction (length, breadth, depth, volume, density) within each course and across courses. It may be better depicted by a 3-D image, which provides for observing components from different angles (on the horizontal, vertical, diagonal scale, on the cross-sectional plane and on different axes). This *pluri-dimensional 3-D alignment*, within each course (Figure 3.a) and across courses (Figure 3.b), facilitates a better control of cross-sectional or cross-curricular integration processes and adjustments, while many integration channels provide ample options for alignments and networking across courses (Figure 3.c).

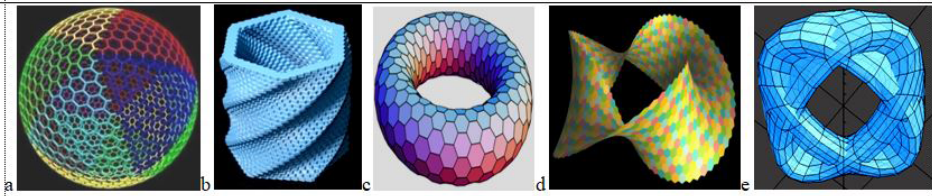
**Figure 3.** Pluri-dimensional 3-D alignment: intra/multi/inter/transdisciplinary integration within/across courses



Source: a) A hexagonal structure, P.Dehai, *Acta Metallurgica Sinica* (2014, 27/1); b) Honeycom graphics, Vecteezy (2020); c) Hexagonal Cellular Automata, Softology (2020); compiled by G.I, 2020.

The fourth dimension may be described as *hyper-dimensional* (pluri-directional, transdisciplinary) *alignment*. As illustrated in natural sciences (Figure 4), multidimensional and non-linear structures (hexagonal grids) are structurally stable and flexible enough to be reshaped into new hyper-structures (spheres, cylinders, toruses, abstract forms). This *4-D alignment* offers creative freedom and flexibility to shape complex structures into new forms by: resizing, re-conceptualizing, restructuring and reconnecting the contact points; changing the size, length, depth, height; boosting/reducing the mass, volume, density; creating new interfaces, networks and functional models for application in real-world contexts. Such alignment is highly valuable in terms of making the most of multi-dimensional systems and ensuring cross-fertilization, sound balance and functional operation of different dimensions, as well as in terms of keeping the complex structural elements under control, fine-tuning the inconsistencies, ensuring ongoing recalibration and reconstruction for new creative applications. By analogy, all these processes are part of designing the integrated learning curriculum, which may also be shaped into any form, depending on the specific learner/learning needs, goals and purposes.

**Figure 4.** Hyper-dimensional alignment: pluri-directional, transdisciplinary integration: shaping new structures



Source: 1) Sphere-shaped hexagonal grid, Stack overflow (blog), Aaron Franke (2017); 2) Fractal Hexagon Cylinder Cup, My mini factory (blog) (2019); 3) Hex grids: torus, abstract shape, 20 Fun Grid Facts (blog), Fun Fact 7, Herman Tulleken (2014); 4) Volume of 3-D torus shape, Jeffrey Clark, Mathematics Stack exchange (2015); compiled by G.I (2020)

The *4-D alignment* also includes the integration of digital learning, formal/informal/non-formal learning, experiential learning, immersion into the target community (law clinics, internship, community service), transdisciplinary collaborative projects and experimental research for discovery or innovation. Above all, it entails the transdisciplinary integration of *global competences* and *generic transferable life and career skills*, which are essential for ensuring holistic and authentic learning experience for real-world purposes.

### Concluding remarks

The presented theoretical framework of integrative learning and integrated curriculum, with reference to intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary integration, has been the cornerstone for discussing the integrative processes in ESP/ELP curriculum design for academic and professional purposes in tertiary education. This article is an attempt to provide an insight into the theoretical, pedagogical and methodological tenets of the integrative learning approach applied in three ELP/LE courses provided within the curriculum framework of Law Faculty, University of Niš. Relying on the experience from ELP/LE practice, the author has endeavoured to deconstruct the integration process, discuss its intricate structure and discrete features, and illustrate the multidimensional alignments and integration processes.

In the context of quality education for sustainable development, *integrated learning approach* offers viable solutions for authentic integrated learning for discourse community purposes. The intrinsically correlated and complementary intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives are an integral part of such learning. The author's prior experience in ELP/LE course design for academic/professional purposes<sup>5</sup> has proven that these perspectives are a valuable asset in designing and implementing the integrated curriculum. They facilitate an eclectic

<sup>5</sup> See: Pravni fakultet u Nišu (2020)/Law Faculty in Niš: ELP Syllabus, LE1 Syllabus, LE2 Syllabus (2.7.2020).



tic and flexible approach to integration, and a holistic and open-ended approach to learning. This dynamic, adaptable and evolving approach contributes to reducing the clear-cut and often artificially created disciplinary boundaries. It is also liberating as it provides sufficient latitude for adjustments, experimentation and creation of practical learning solutions.

The process of designing an authentic, rigorous, methodologically sound, practical and enjoyable ESP/ELP instruction is a challenging task, which includes multiple considerations. Given the need for transparent learning standards and outcomes, authentic and meaningful learning experiences, accountability and sustainability of quality learning for real-life purposes, the complex structure of the *integrated curriculum design* in law-and-language contexts entails multiple alignment and integration processes, both at the course and the curricular level: *multidimensional* (horizontal and vertical, internal and external), *pluridimensional* (cross-sectional, cross-curricular), and *hyperdimensional* (pluridirectional, transdisciplinary) alignment.

The past practice has also shown that it is largely up to the ELP/LE practitioner to make sense of ample pathways, align diverse components, and ensure a sound balance of core facets to facilitate authentic learning experiences. In that context, the presented theoretical framework and insights from practice may raise awareness of novice ELP teachers about the challenges encountered in the ELP/LE course design. The author calls for more extensive collaboration of all interested stakeholders (institutions, professional associations, employers, subject-teachers, learners) in the process of developing multi/inter/transdisciplinary law-and-language projects, programs and courses for academic and professional purposes. The contemporary legal education and ESP/ELP trends in integrative learning show that such partnership may be beneficial in many ways. First, it would help overcome the traditional disciplinary boundaries and promote interdisciplinary legal education. Second, it would lead to introducing the much-needed holistic and authentic learning for the discourse community purposes. Third, it would contribute to promoting the transdisciplinary aspects of humanistic education envisaged in the framework of the 21<sup>st</sup> century global competences and transferable life skills. Last, but not least, it would promote ELP/LE learning and the prominent role of Legal English as a global legal skill.

## References

Davies, M.; Devlin, M.; Tight, M. (eds) (2010). *Interdisciplinary Higher Education: Perspectives and Practicalities*, Bingley, UK (pp. 2-38); <https://philarchive.org/archive/DAVIHE-4> (accessed 20.10.2019)

Drake, S. M.; Burns, R. C. (2004). *Meeting Standards Through Integrated Curriculum*, Association for Supervision and Curriculum Development (ASCD), Alexandria, VA; (24.10.2019) [https://repository.stkipgetsempena.ac.id/bitstream/606/1/Meeting\\_Standards\\_Through\\_Integrated\\_Curriculum.pdf](https://repository.stkipgetsempena.ac.id/bitstream/606/1/Meeting_Standards_Through_Integrated_Curriculum.pdf)

Fogarty, R.(1991). Ten Ways to Integrate Curriculum, in: *Educational Leadership*, vol.9, n.2, ASCD, Alexandria, VA, [http://www.ascd.org/ASCD/pdf/journals/ed\\_lead/el\\_199110\\_fogarty.pdf](http://www.ascd.org/ASCD/pdf/journals/ed_lead/el_199110_fogarty.pdf) (10.1.2020)

Hirsch Hadorn, G. (ed.) (2009). Unity of Knowledge in Transdisciplinary Research for Sustainability, Vol.I, in: *Encyclopedia of Life Support Systems*, EOLSS Publishers/UNESCO, Oxford, UK; (pp.1-34); <https://www.eolss.net/Sample-Chapters/C04/E6-49.pdf> (retrieved 2.11.2019)

Klein, Julie Thompson (1996). Interdisciplinary Needs: The Current Context, in: *Library Trends*, Vol.45, No.2, 1996 (pp.134-154), University of Illinois; (retrieved 24.10.2019) <https://pdfs.semanticscholar.org/7bb8/6eadd7bab1176839302b1089ae848558df1.pdf>

Klein, J. Thompson (1999). Mapping Interdisciplinary Studies, in: *The Academy in Transition*, J.G.Gaff (ed.), AAC&U, Washington, DC; <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED430437.pdf> (20.10.2019)

Klein, J. Thompson (2005). Integrative Learning and Interdisciplinary Studies, in: *Peer Review: Integrative Learning*, Summer/Fall 2005, vol.7, no.4, (pp.8-14), American Association of Colleges and Universities [https://www.academia.edu/755632/Integrative\\_learning\\_and\\_interdisciplinary\\_studies](https://www.academia.edu/755632/Integrative_learning_and_interdisciplinary_studies) (21.10.2019)

Klein, J. Thompson (2008). Education (Chapter 26), In: *Handbook of Transdisciplinary Research*; eds. G. Hirsch Hadorn, H.Hoffmann-Riem, S.Biber-Klemm, W.Grossenbacher-Mansuy, D.Joye, Ch.Pohl, E. Zemp, U.Wiesmann, Springer; <https://link.springer.com/book/10.1007/978-1-4020-6699-3> (1.11.2019)

Klein, J. Thompson. (2009). Unity of Knowledge in Transdisciplinary Research for Sustainability, Vol. I, in: *Encyclopedia of Life Support Systems*, ed. G. Hirsch Hadorn, EOLSS Publishers/UNESCO, Oxford; <https://www.eolss.net/Sample-Chapters/C04/E6-49-01.pdf> (retrieved 2.11.2019)

Klein, J. Thompson (2010). Taxonomy of Interdisciplinarity, in: *Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, eds. R.Frodeman, J.T.Klein, C.Mitcham, (Ch.2, pp.15-30), Oxford University Press; (20.10.2019) [https://msu.edu/~orourk51/860-Phil/Handouts/Readings/Klein-TaxonomyOfInterdisciplinarity-OUP\\_Hoi-2010.pdf](https://msu.edu/~orourk51/860-Phil/Handouts/Readings/Klein-TaxonomyOfInterdisciplinarity-OUP_Hoi-2010.pdf)

Klein, J. Thompson (2015). Interdisciplining Digital Humanities: Boundary Work in an Emerging Field, (Chapter 1: Interdisciplining (pp. 14-36). University of

Michigan Press, 2015; (accessed 20.10.2019); [https://www.jstor.org/stable/j.ctv65swxd.6?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/j.ctv65swxd.6?seq=1#metadata_info_tab_contents)

Larsen-Freeman, D.; Anderson, M. (2011). *Techniques & Principles in Language Teaching*, OUP

Miller, R. C.(2010). Interdisciplinarity: Its Meaning and Consequences, in: *Oxford Research Encyclopedia* <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-92?print=pdf>; (retrieved 10.10.2019)

Munro, Gregory S. (1991). Integrating Theory and Practice in a Competency-Based Curriculum: Academic Planning at the University of Montana School of Law, 52 *Montana Law Rev.* (1991). University of Montana, <http://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol52/iss2/7> (accessed 19.1.2020).

Newell, W.H. (2010). Educating for a Complex World: Integrative Learning and Interdisciplinary Studies, In: *Liberal Education*, Vol.96(4), AAC&U, Wash.,DC; <https://www.researchgate.net/publication/260675213>

Thompson, Grahame (2010). *Disciplinary, Cross-Disciplinarity and 'Performance'*, Working paper 70, International Center for Business and Politics, Copenhagen Business School, Frederiksberg, Denmark; <https://research.cbs.dk/files/58951494...> (retrieved 10.11.2019)

Tokarz, K.; Lopez, A.S.; Maisel, P.; Seibel, R.F. (2014). Legal Education at a Crossroads: Innovation, Integration, and Pluralism Required! in: *Wash.Uni.Journal of Law & Policy*, Vol.43/2014; (10.1.2020) [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1782&context=law\\_journal\\_law\\_policy](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1782&context=law_journal_law_policy)

VanTassel-Baska, J.; Wood, S. (2010). The Integrated Curriculum Model, in: *Learning and Individual Differences*, 20 (2010), 345-357, Elsevier Inc. <https://www.academia.edu/14566179...>(10.1.2020)

Wegner, J. W.(2011).The Carnegie Foundation's Educating Lawyers: Four questions for Bar Examiners, in: *The Bar Examiner*, June 2011 (Vol.80,no.2), Madison, WI; (retrieved 20.1.2020); [https://thebarexaminer.org/wp-content/uploads/PDFs/800211\\_Wegner.pdf](https://thebarexaminer.org/wp-content/uploads/PDFs/800211_Wegner.pdf)

Wilson, Richard J. (2018).*The Global Evolution of Clinical Legal Education: More Than a Method*, CUP Cambridge University Press; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3424111](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424111) (19.1.2020)

Ignjatović, Gordana (2017). Multiple Intelligences in ELP Instruction in Tertiary Education: Integrated Communicative MI-based Activities in Adult ELP/LE Classrooms, In: *The Journal of Teaching English for Specific and Academic Purposes*,

Vol.5, No.3, 2017(pp.567-587); (accessed 20.1.2020) <http://espeap.junis.ni.ac.rs/index.php/espeap/article/view/569>

### ***Institutional sources***

CoE (2002): Maastricht Global Education Declaration: European Strategy Framework for Improving and Increasing Global Education in Europe to the year 2015, Council of Europe, 2002; (19.2.2020).

CoE (2019): Global Education Guidelines: Concepts and methodologies on global education for educators and policy makers, North-South Centre of the CoE, Lisbon (eds. A.Cabezudo, F.Cicala, M.L.de Bivar Black, M.C.da Silva, 2019); <https://rm.coe.int/prems-089719-global-education-guide-a4/1680973101>

ESF (2011): European Science Foundation, European Peer Review Guide: Integrating Policies and Practices into Coherent Procedures: A report by ESF (C.Marras, F.Ranjbaran); (24.10.2019) [http://www.esf.org/fileadmin/user\\_upload/esf/European\\_Peer\\_Review\\_Guide\\_2011.pdf](http://www.esf.org/fileadmin/user_upload/esf/European_Peer_Review_Guide_2011.pdf)

GLS (2010), Global legal Skills Conference 2010 program, (accessed 17.1.2020) <https://sites.google.com/site/globallegalskillsconferencev/system/app/pages/subPages?path=/home>

GSP (2013): Great School Partnership: The Glossary of Education Reform (online): Authentic Learning (Sept. 2013); <https://www.edglossary.org/authentic-learning/> (accessed (17.1.2020)

GSP (2014): Great School Partnership: Glossary of Educational Reform: Bloom's Taxonomy of Educational Objectives, Revised Bloom's Taxonomy, <https://www.edglossary.org/blooms-taxonomy/>;

OECD (2018): The Future of Education and Skills, OECD Education 2030, Position paper, OECD, Paris [https://www.oecd.org/education/2030/E2030%20Position%20Paper%20\(05.04.2018\).pdf](https://www.oecd.org/education/2030/E2030%20Position%20Paper%20(05.04.2018).pdf); (19.2.2020)

OECD-CERI (1972). *Interdisciplinarity: Problems of Teaching and Research in Universities* (report), eds. L.Apostel, G.Berger, A.Briggs, OECD Centre for Educational Research and Innovation, OECD, <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED061895.pdf> (10.10.2019)

OECD (2020). Learning Compass 2030, <https://www.oecd.org/education/2030-project/teaching-and-learning/learning/>

P21 (2007). Framework for 21st Century Learning, Partnership for 21st Century Learning (posted 2019), [http://static.battelleforkids.org/documents/p21/P21\\_framework\\_0816\\_2pgs.pdf](http://static.battelleforkids.org/documents/p21/P21_framework_0816_2pgs.pdf); (17.1.2020)

Pravni fakultet u Nišu (2020)/Law Faculty Niš: *Nastavni plan Engleski jezik (2.sem)* 2013 (ELP Course Syllabus, I), <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/silabusi/osnovne/engleski-jezik.pdf>; *Nastavni plan Engleski jezik pravne struke 1, 2013* (Legal English 1, III), <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/silabusi/osnovne/eng-struke-1.pdf>; *Nastavni plan Engleski jezik pravne struke 2, 2013*, (Legal English 2), <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/silabusi/osnovne/eng-jezik-struke-2.pdf>, (accessed 2.7.2020)

UNESCO (2012): *Shaping the Education of Tomorrow: 2012 Report on the UN Decade of Education for Sustainable Development* (abridged), UN Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris; <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/919unesco1.pdf>; (retrieved 19.2.2020)

UNESCO (2018). *Issues and trends in Education*, A. Leicht, J. Heiss and W. J. Byun (eds), UNESCO, Paris, France; <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261445> (accessed 19.2.2020).

UNESCO-IBE (2013). *International Bureau of Education: Glossary of Curriculum Terminology* (1.9.2019) [http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user\\_upload/Publications/IBE\\_GlossaryCurriculumTerminology2013\\_eng.pdf](http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Publications/IBE_GlossaryCurriculumTerminology2013_eng.pdf)

UN SDA(2015): *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN GA Resolution A/Res/70/1, NY, 2015; <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030>.

**Online sources:** inter/transdisciplinary law course, programs, projects (accessed 25.9.2020)

EC (2020): European Commission: Online Dispute Resolution, [https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/...](https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/)

EJTN (2020): European Judicial Training Network, <http://www.ejtn.eu/>;

HLS (2020): Harvard law School: <https://hls.harvard.edu/dept/academics/degree-programs/special-programs/>;

SLS (2020): Stanford Law School: <https://law.stanford.edu/education/only-at-sls/interdisciplinary-learning/>

NYU Law News (2017): Law workshop for scientists, engineers, physicians, and entrepreneurs

**Gordana Ignjatović,**  
*Predavač engleskog jezika struke,  
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu*

**INTEGRATIVNI PRISTUP UČENJU ENGLESKOG JEZIKA  
PRAVNE STRUKE (TEORIJSKI OKVIR):** *Intradisciplinarni,  
multidisciplinarni, interdisciplinarni i transdisciplinarni aspekti*

**Sažetak**

*U radu se razmatra teorijski okvir integrativnog pristupa učenju i kreiranja nastavnih programa za učenje engleskog jezika pravne struke (ELP/LE) za akademske i profesionalne potrebe u visokom obrazovanju. Integrativni pristup obuhvata niz međusobno povezanih jezičkih, diskursnih, metodoloških, pedagoških, psiholoških dimenzija, kao i mnogobrojne intradisciplinarnе, multidisciplinarnе, interdisciplinarnе i transdisciplinarnе аспекте. Analiza složene strukture, brojnih funkcija, dimenzija i aspekata ovog pristupa potkrepljena je prikazom teorijsko-metodološke literature i grafičkim prikazom integrativnih procesa. Prvi deo rada predstavlja konceptualni okvir integrativnog pristupa učenju u savremenom obrazovanju, pravničkom obrazovanju, i nastavi engleskog jezika struke (ESP/ELP). Drugi deo prikazuje konceptualni okvir i karakteristike raznih pristupa kreiranju nastavnih programa. Treći deo razmatra koncept, strukturu i funkcije integrisanog kurikuluma, kroz narativni i grafički prikaz multidimenzionalnih integrativnih procesa. Iskustva iz nastave Engleskog jezika pravne struke (ELP/LE) na Pravnom fakultetu u Nišu ukazuju da integrativni pristup nudi raznovrsne mogućnosti i praktična rešenja za kreiranje integrisanih nastavnih programa i holistički pristup učenju. U tom konterkstu, rad ima za cilj da podstakne saradnju svih relevantnih aktera (institucija, nastavnika, profesionalnih udruženja, poslodavaca, i studenta) u kreiranju integrativnih programa i projekata u oblasti prava i engleskog jezika pravne struke. Takvo partnerstvo bi doprinelo uspostavljanju aktivnog holističkog pristupa učenju, unapređenju globalnih kompetencija i transferabilnih veština, i promovisanju interdisciplinarnog i transdisciplinarnog pristupa pravničkom obrazovanju.*

**Ključne reči:** *engleski jezik struke (ESP), pravni engleski jezik (ELP/LE), integrativni pristup učenju, integrisani kurikulum, holistički pristup učenju.*

# II IN MEMORIAM







**Др Ирена Пејић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

10.5937/zrpfno-29038

**Др Маја Настић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

## **IN MEMORIAM**

**Проф. др Драган М. Стојановић,  
редовни професор Правног факултета у Нишу, у пензији  
1954–2020.**

Дана 27. јуна 2020. године преминуо је проф. др Драган М. Стојановић редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу. Професор Стојановић рођен је 3. јануара 1954. године у Нишу, где је завршио основну и средњу школу и уписао Правни факултет 1972/73. године, на коме је дипломирао 1976. године. Током студија награђиван је као најбољи студент у својој генерацији, а био је добитник и „Октобарске награде“ као најбољи дипломирани студент на Универзитету у Нишу.

Професор Драган М. Стојановић започео је своју професионалну каријеру као асистент приправник на Правном факултету у Нишу 1977. године, када је уписао и постдипломске студије. Магистарски рад под називом „Уставносудска заштита самоуправних права“ одбранио је 1983. године на Правном факултету у Нишу, а на истом факултету је и докторирао 1988. године на тему „Основна права у уставима европских држава и Уставу СФРЈ“.

Научно усавршавање професора Стојановића одвијало се на пост-дипломским студијама у земљи и у иностранству. Као стипендиста аустријске Владе боравио је од 1. октобра 1986. године до 31. јануара 1987. године на Институту за уставно и управно право и Институту за јавно право Универзитета у Салцбургу. Студијски боравак и сарадња са колегама

---

\* irena@prafak.ni.ac.rs

\* maja@prafak.ni.ac.rs

из Аустрије одредили су на самом почетку научне каријере његову склоност ка аустријској и немачкој правној догматици, што се може видети у одабиру теме и структури докторске дисертације. Монографија настала на темељу докторске дисертације, под називом „Основна права човека“, у издању Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу (1989), представља вредно научно дело у коме су садржани ставови немачке и аустријске теорије и јуриспруденције уставног суда о основним правима. Са ове временске дистанце може се рећи да у савременом процесу интернационализације људских права ова монографија не само да није изгубила на свом значају већ представља узоран научноистраживачки подухват за боље разумевање конституционализације основних права.

Поред радова у области основних права, професор Стојановић је крајем деведесетих година написао монографију „Правни положај посланика: на примерима Француске, Немачке, Аустрије и Југославије“ (издавач Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 1999), која је била једна од првих монографија у области парламентарног права у домаћој правној литератури након увођења поделе власти 1990. године. Мада доследан свом методолошком приступу у истраживању, примећује се да је овог пута прихватио утицај француске школе конституционализма, чија је одлика паралелно истраживање политичких институција и политичких процеса који настају у задатом нормативном и уставном оквиру. Овај правац у раду професора Стојановића настављен је и касније, приликом писања уџбеника за предмет Уставно право (од 1999. до 2013. године), када уставну догматику допуњава тумачењем процеса и политичких институција кроз историју и у савременом тренутку. У сагледавању предмета уставног права професор Стојановић је наступао са ширих позиција, приближавајући студентима како уставну историју Србије, тако и уставно право Европске уније.

Последњи у низу његових радова биле су две монографске студије у области уставног судства („Уставно правосуђе“ и „Уставно судство“), које су настале као резултат не само његовог научног рада већ и на темељу искуства које је стекао као судија Уставног суда Републике Србије у периоду од 2007. до 2016. године. У наведеном периоду проф. Стојановић објавио је и значајан број научних радова из области Уставног судства; попут „Уставно судство на пресеку права и политике“ (коауторски рад са проф. др Оливером Вучић), објављен у Аналима Правног факултета у Београду (2/2009); „Да ли и како реформисати Уставни суд?“, „Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли?“, „Покретање нормативне контроле права у европском моделу уставног правосуђа“, радови објављени у Зборнику

радова Правног факултета у Нишу, „Премисе и опште функције уставног правосуђа“, рад објављен у часопису Теме (1/2015).

Током обављања функције судије Уставног суда, професор Драган Стојановић више пута је издвојио мишљење на одлуке Уставног суда Србије наводећи релевантну уставноправну аргументацију у образложењу изречених ставова и гледишта. Тако је издвојио мишљење на одлуку (закључак) Уставног суда IУо-247/2013 у поступку оцене уставности и законитости парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе РС и Привремених институција самоуправе у Приштини („Бриселски споразум“). По гледишту професора Стојановића, наведена Одлука Уставног суда заснована је на проблематичном правном становишту које је заузето у покушају да се одреди природа „Првог споразума“. Посматрано са строго уставноправног становишта, неприхватљиво је било такво тумачење природе предмета уставног спора. На седници Уставног суда одржаној 26. марта 2015. године, приликом већања и гласања о оцени уставности Закона о допуни Закона о судијама, подржао је предложену одлуку превасходно због њене изреке. Правна аргументација која је наведена у њеном образложењу, међутим, није била прихватљива за проф. Стојановића. „Упадљиву слабост одлуке IУз156/2014 видим у томе што се њено образложење више бави проналажењем оправдања за противуставну интерпретацију законодавца, него њеним разарујућим дејством по правну државност и принцип поделе власти који је њен саставни део.“

Улога истакнутог правника, који је спреман да у својству судије Уставног суда брани његову независност, дошла је до изражаја и у другим предметима у којима је проф. Стојановић издвојио мишљење. Навешћемо издвојено мишљење поводом оцене уставности Закона о привременом уређивању начина исплата пензија („Умањење пензија“), Закона о окупљању грађана, оцене уставности Статута Војводине, „Пензија на Косову и Метохији“. Занимљиво је навести и издвојено мишљење проф. Стојановића у поступку по уставној жалби („Естрада“). Циљ овог издвојеног мишљења, како је говорио проф. Стојановић, јесте да покаже да и за Уставни суд важи максима *errare humanum est*.

Људска права и механизми њихове заштите била су предмет интересовања проф. Стојановића током читаве академске каријере. Систем и заштита основних права у уставном поретку Аустрије, француска Декларација људских права, одређивање основних права у пракси европских уставних судова само су нека од питања које је проф. Стојановић анализирао у својим радовима.

У току рада на Правном факултету, проф. Стојановић био је шеф Катедре јавноправних предмета на Правном факултету у Нишу, члан Савета Правног факултета, члан Скупштине Универзитета у Нишу, а обављао је и функцију продекана за финансије Правног факултета у Нишу. Професор Драган Стојановић био је ментор и члан комисија за одбрану мастер радова, магистарских радова, докторских дисертација, не само на матичном факултету већ и на правним факултетима у Београду, Крагујевцу и Приштини. Био је члан Југословенског удружења за уставно право, члан Савета Архива за правне и друштвене науке, члан редакције часописа Теме, као и члан Комисије за статут града Ниша.

Од 1999. године др Драган М. Стојановић био је редовни професор и држао је наставу на предмету Уставно право на основним и постдипломским студијама, касније и на основним, мастер и докторским академским студијама. Такође, држао је предавања на предметима из уже јавноправне научне области, као што су Људска права, Изборно право, Уставно судство и Парламентарно право. Професор је био омиљен међу студентима, студенте је подстицао на размишљање својим проницљивим питањима и коментарима. Као наставник и као аутор професор Драган Стојановић остаће запамћен у академској заједници по свом научном раду и вештинама доброг правника.

# III ПРИКАЗИ

---

---



**Предраг Јеленковић\***,  
Народни посланик Скупштине Републике Србије  
и члан Друштва лобиста Србије

ПРИКАЗ  
10.5937/zrpfno-26761

Рад примљен: 26.05.2020.  
Рад прихваћен: 15.07.2020.

**Проф. др Костадин Пушара, академик, проф.  
др Јасмин Јагањац, проф. др Жељко Ковачевић,  
„Лобирање у савременим условима”, Удружење  
интересног лобирања и промоције лобистичке  
професије Босне и Херцеговине, Сарајево, 2017.**

У друштвеном смислу лобирање представља саставни део сваког демократског законодавства и политичког процеса. Једно од највећих неразумевања је порекло лобистичке делатности, и уско је везано са самом природом човека, јер смо сви ми лобисти само често нисмо тога свесни. Ако узмемо у обзир да се у основи интереса налазе људске потребе, то не значи да се лобирање користи само за представнике крупног капитала и великих компанија. У савременим условима је потпуно природно да сваки грађанин учествује (посредно или непосредно) на доносиоце одлука, односно да грађанин у савременом друштву остварује могућност утицаја на јавно одлучивање. Лобисти у савременом свету долазе пре других до значајних информација, а са друге стране двосмерна комуникација им омогућава да доносиоце одлука континуирано информишу о потребама и захтевима грађана.

Упознавање и боље разумевање лобистичке делатности је омогућила и књига „Лобирање у савременим условима“, која је оригинална и значајна пре свега због чињенице да ова тема није обрађивана не само у Србији него и шире, а нарочито у земљама Западног Балкана, као и у државама тзв. источног блока. Сама материја лобирања се огледа у ширини неколико научних дисциплина као што су право, економија, политика, комуникологија, психологија и социологија. Почевши од тога да се лобистичко деловање представља као залагање за остварење и заштиту привреде и интереса привредних субјеката, преко правног приступа у смислу остваривања утицаја на доносиоце одлука у изменама и допунама

---

\* jelenko224@yahoo.com

правних аката и прописа, па до политичког аспекта где се сублимира двосмерна комуникација са представницима законодавне и извршне власти на било ком нивоу. С тим у вези, када се врши комуникација, самим тим је обухваћена и област психологије, пре свега личности са којом се врши преговарање, али и социологије у ширем друштвеном контексту.

Такође, постојећа литература и број научних радова на ову тему је незнатан, поготово што у научним круговима још увек не постоји сагласност у вези одређених питања везаних за ову област, иако је број лобистичких специјализованих школа у Европи и свету све већи. Самим тим, приступ теми лобирања мора бити интердисциплинаран.

На 279 страница сагледана су и покренута питања која могу побудити интересе не само оних у стручној него и образовној и научној области, са тенденцијом промишљања савремене професије, тј. новог занимања на тржишту рада.

Осим уводног и закључног дела, рукопис је генерално подељен у четири одвојених, а у исто време повезаних целина: *Појам, дефиниција и значај лобирања, Приступ лобирању – Вашингтон и Брисел, Лобирање у Европској унији, Европске интеграције земаља Западног Балкана и Турске кроз процес лобирања*. Такође, књига садржи Предговор, Прилоге, Литературу и Регистар појмова.

У уводном делу аутори настоје да у најопштијим цртама укажу како на значај и специфичности лобистичке делатности, тако и на основне тенденције прихватања и примене у пракси концепата за остваривање утицаја на доношење појединих одлука које се односе на стварање политичког, економског и правног оквира. Они наводе да је лобирање устаљена и регулисана пракса за остваривање интереса, група и појединаца у развијеним друштвима која подразумевају постојање стабилног демократског система, поштовање људских права, владавину права и заштиту мањина. Разматрање и анализа лобирања, као савремене, односно делатности модерног доба, изискује спровођење усаглашавања одређених домаћих прописа са европским законодавством, у процесу интеграције за било коју област. У овом делу аутори наглашавају да се процес лобирања примарано заснива на размени информација и комуникацији и да укуључење и интеграција у систем Европске уније подразумева учење, прихватање и примену у пракси његове ефикасности.

У првој целини аутори скрећу пажњу на теоријске основе, појам, дефинисање, историјско порекло и настанак првих лобија. Анализирајући и нека научна сазнања, скромна (недовољна) за сада али врло корисна, они доводе у везу врсте, методе и технике лобирања. Осим етимолошког порекла појма,



указују да су, временом, речи: *лоби*, *лобирање* и *лобиста* постале саставни део речника готово свих светских језика, означавајући процесе у којима организоване групе настоје да остваре утицај на доносиоце одлука ради постизања одређеног циља. У питању је, дакле, „врста залагања која има за циљ да се одређени закони који утичу на животе појединаца или заједнице, донесу, укину или промене“. Када је реч о самој дефиницији лобирања, кроз ову целину анализирају неколико аутора са америчког (D. De Kieffer, Meredith, Wittenberg) и британског (Curry, Dubs, Miller, Wilson) подручја, међу којима истичу Мишел Кламанову која даје појам *микс-лобирања*, а чине је право, политика, економија, дипломатија и комуникација, што наводи на закључак да је неопходан мултидисциплинаран приступ овој области.

Посебан осврт аутори дају на табеларне приказе у овом делу који се тичу разлика између процеса заступања и процеса лобирања, као и шта јесте а шта није лобирање. Такође, кроз табеларне приказе, аутори таксативно, са историјским раздобљима (1830–1980), описују формирање и поделу интересних група у Америци са конкретним примерима. Осим табела, постоје и графикони који врло јасно упућују, како на комуникацијске процесе заговарања и утицаја, тако и на активности у приказаним фазама са кључним карактеристикама лобиста.

У наставку овог дела читаоцима је врло прецизно кроз врсте, методе и технике лобирања, објашњена подела према начину на који се остварује комуникација са доносиоцима одлука. Такође, путем јасно приказаних и технички уређених шема, може се видети методологија и технике директног, односно индиректног лобирања. Ову целину аутори завршавају програмом *Етика лобирања*, где су описани, односно дефинисани принципи етичког понашања у лобирању (тзв. Woodstock принципи), сврстани у седам тачака: 1) Лобирање и заједничко добро, 2) Однос између лобисте и клијента, 3) Однос између лобисте и званичника, 4) Лобиста и актери који обликују јавно мњење, 5) Сукоб интереса, 6) Стратегије и тактике лобирања и 7) Интеграција професије лобирања.

У другој целини аутори се баве приступом лобирању у Вашингтону и Бриселу, као саставним делом демократског процеса и уставом загарантованог права у САД и земљама Европске уније. Приступ је регулисан различитим законским актима и прописима по којима раде десетине хиљада професионалних лобиста. У наставку су концизно приказани пре свега евроатлански односи, а кроз дијаграме процеси легислативе лобирања у Вашингтону и Бриселу, али и осврт на праксу и разлике у самом приступу лобирања САД-ЕУ. Аутори такође у овом делу подрбно описују структуру и број интересних група у Бриселу, као и врсте

специјалних интереса – интереси држава чланица, интереси пословног сектора и интереси цивилног друштва.

Трећа целина овог рукописа описује лобистичку делатност кроз историјско, правно, уставно и институционално настајање, односно стварање Европске уније. Један део ове целине аутори су посветили институцијама ЕУ и њиховим надлежностима, поступцима решавања питања, одлучивања и давања сагласности, али и редовним законодавним процедурама осталих органа Европске уније. Врло систематично је у књизи објашњено лобирање у ЕУ кроз Европску комисију, Европски парламент и Веће Европске уније. За област економије, аутори читаоцима пружају информације како у делу који обрађује *Привредно право Европске уније*, тако и кроз посебно обрађени сегмент *Пословног лобирања*, где је објашњен модел лобирања кроз компаративну анализу пословног лобирања унутар „европског институционалног троугла“ (Европски парламент, Веће министара и Европска комисија), тзв. Боуенов модел. Теорију приступа (Pieter Bouwen) и „приступна добра“ (Експертска знања, Информације о европским репрезентативним интересима и Информације о домицилним репрезентативним интересима), као нови теоријски концепт, аутори лобирање представљају као процес размене добара између две групе учесника – приватног сектора и јавних представника. У наставку овог дела рукописа се објашњава модел понуде и тражње приступних добара, као и њихов модел прибављања. Треба истаћи да су аутори и на технички начин, уз помоћ табела и графикана, приказали преглед правних аката и организационих шема главних и помоћних институција, као и ефикасност лобирања на нивоу Европске уније.

У четвртој целини аутори се, кроз концепте и путеве за сам приступ, баве врло значајном и актуелном темом – европским интеграцијама, уз врло сажету анализу последњег таласа придруживања од 2004. до 2013. године. Након поменуте анализе, они обрађују процес стабилизације и придруживања Европској унији, за сваку државу Западног Балкана као и Турску. У рукопису је читаоцима омогућено да се упознају са структуром и општим начелима Споразума о стабилизацији и придруживању, као основом и оквиром интеграцијског процеса, као и табеларним приказом анализе трошкова и добити која прати спровођење Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП). На крају ове целине, аутори се, поред илустрације интеграционо-политичке стратегије и сценарија у Европској унији и оцењивања резултата о степену испуњености критеријума, баве припремљеношћу земаља Западног Балкана за чланство у Европској унији.

Значај ове књиге се огледа у њеној методолошкој потпуности, теоријској ширини и практичности и као таква неопходна је да нова сазнања се активније и лакше усвајају.

Аутори се баве изучавањем једне, нове актуелне професије која је данас све више присутна у политичком и привредном амбијенту како националних држава тако и на нивоу Европске уније, па као таква од помоћи је у побољшању комуникације, умрежавању и заједничким деловању привредних субјеката, удружења грађана, синдиката и доносилаца одлука ради лакшег и објективнијег дефинисања националних интереса.

На крају књиге, аутори у 16 прилога илустративно, кроз табеле, графиконе и таксативна навођења дају осврт на: системе регулисања лобистичке делатности, Кодекс понашања, мапу лобирања у Бриселу, уговоре о процесима придруживања, хронологију састанака у врху држава ЕУ, ефикасности индустријског лобирања и најбољим начином за остављавањем комуникација и размене информација.

У том смислу књига „Лобирање у савременим условима“ представља корисну публикацију у животу људи уопште, а да академска заједница има обавезу да сагледа и да свој допринос изучавања ове области и тиме ухвати корак са савременим програмима образовања.

Такође, значај и вредност ове књиге истичу и њени рецензенти – дугогодишњи научни радници:

- Проф. др Владимир Росић, редовни професор Свеучилишта у Ријеци
- Проф. др Азра Хаџиахметовић, редовни професор Универзитета у Сарајеву
- Проф. др Мирко Пејановић, емеритус Универзитета у Сарајеву, дописни члан АНУБИХ
- Проф. др Един Ризвановић, редовни професор Универзитета у Мостару
- Проф. др Зденко Клепић, редовни професор Универзитета у Мостару
- Проф. др Маријан Танушевски, редовни професор Академије БАС у Битољу

Можда би аутори у неком од наредних издања ове књиге требало да се шире осврну и на негативне аспекте лобирања и начине да се ти негативни аспекти умање, имајући у виду да, још увек, већи део јавности лобирање сматра „легалном“ корупцијом. Овакав приступ научног сагледавања лобирања, који су аутори дали у својој књизи, заслужује сваку препоруку.



*Др Филип Мирић\**, научни сарадник  
самостални стручно-технички сарадник за  
студије и студентска питања ИИИ степена  
Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРИКАЗ  
10.5937/zrpfno-27979

*Рад примљен: 14.08.2020.  
Рад прихваћен: 01.09.2020.*

**Др Дарко Димовски „Злочин мржње“,  
Центар за публикације Правног факултета  
Универзитета у Нишу, Ниш, 2020.**

Злочин мржње је веома стара друштвена појава. Ови злочини прате људску историју јер је осећање мржње једно од основних осећања. Криминолошки и кривичноправно посматрано, реч је о кривичним делима са елементима насиља, која се од осталих кривичних дела разликују по томе што су извршена због постојања предрасуде према жртви. Овај облик криминалитета до сада није био предмет свеобухватних студија у српској криминолошкој литератури. Проф. др Дарко Димовски је успешно отклонио овај недостатак својом монографијом „Злочин мржње“, у издању Центра за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу.

Структурално, монографија се састоји из десет делова: Увод, Феномен злочина мржње, Однос злочина мржње са другим појавама, Нормативни оквир злочина мржње, Нормативни оквир злочина мржње у Републици Србији и другим државама, Доказивање злочина мржње, Могућност примене ресторативне правде на злочин мржње, Превенција злочина мржње, Виктимолошки аспект злочина мржње и Закључак.

У првом делу аутор се бави различитим појмовним одређењима злочина мржње. Сасвим основано поставља питање да ли је оправдано злочин мржње назвати злочином из предрасуда, имајући у виду да су предрасуде у основи извршења ових злочина (Димовски, 2020: 11). На овај начин би се, и по нашем мишљењу, појмовно боље представила природа ових злочина.

Како би се неко противправно понашање правилно квалификовало као одређено кривично дело, неопходно је указати на његове сличности и разлике са другим кривичним делима и осталим противправним понашањима. Следећи овај принцип, у другом делу монографије аутор указује на сличности и разлике између злочина мржње и дискриминације, прогањања, предрасуда и расизма.

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

Наредни део монографије има упоредноправни карактер и веома је значајан за развој упоредног кривичног права. У њему су приказана законодавна решења у различитим државама и правним системима. Анализирана су законодавна решења у: САД, Великој Британији, Француској, Немачкој, Италији, Шведској, Аустрији и Белгији. Овакав приступ омогућава пажљивом читаоцу да спозна све предности и недостатке законских решења у појединим државама када је реч о инкриминацији злочина мржње.

Следећи део монографије се односи на нормативни оквир злочина мржње у Републици Србији. Осим позитивноправног, у овом делу рада су коришћени и историјскоправни и упоредноправни метод приликом анализе различитих инкриминација злочина мржње. Овакав приступ се може оценити као веома позитиван јер указује да аутор на свеобухватан начин анализира један веома комплексан криминолошки феномен као што је злочин мржње.

Доказивање злочина мржње може бити веома тешко и мукотрпно. Због тога, аутор указује и на значај и улогу полиције, судова и тужилаштва у овом процесу. Приликом извршења злочина мржње долази до поремећаја равнотеже друштвених односа и ствара се специфичан однос између извршиоца кривичног дела, жртве и друштва. Ресторативна правда је механизам који те нарушене односе може да поправи. Бројни примери добре праксе примене различитих облика ресторативне правде у случају извршења злочина мржње сасвим су довољан доказ за то.

У делу монографије под називом Виктимолошки аспект злочина мржње, кроз анализу бројних случајева злочина из мржње указује се на виктимизацију Рома, припадника ЛГБТ популације, Јевреја и муслимана у различитим државама. Овај део монографије је веома интересантан јер су у њему на сликовит начин приказане све недаће и проблеми са којима се жртве злочина мржње суочавају у појединим државама.

У Закључку је извршена сублимација најважнијих налаза истраживања спроведеног за потребе израде ове монографије. Аутор је истакао потребу ширег коришћења постојећих кривичноправних механизма са циљем сузбијања злочина мржње у Републици Србији.

На основу свега изнетог, можемо закључити да је монографија Злочин мржње, аутора проф. др Дарка Димовског, вредна криминолошка аналитичко-синтетичка студија, чији значај превазилази академске оквире јер пружа веома важне смернице за ефикасно сузбијање злочина мржње.

# IV РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---





**Милош Васовић,**  
Докторанд Правног факултета,  
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-27818

UDK: 336.2:336.226.12(497.11)  
Раd примљен: 05.08.2020.  
Раd прихваћен: 23.09.2020.

## **СТВАРНИ ВЛАСНИК ПРИХОДА КАО АНТИ-АБУЗИВНА МЕРА У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ**

**Апстракт:** Закон о порезу на добит правних лица садржи одредбу о стварном власнику прихода, која представља један од услова за примену преференцијалне пореске стопе пореза на добит по одбитку из уговора о избегавању двоструког опорезивања (УИДО). Предмет истраживања јесте недефинисаност термина стварног власника у оквиру наведеног закона, што може довести до искоришћавања преференцијалних пореских стопа из УИДО путем пореског планирања, које подразумева коришћење проточних компанија и „пробирања уговора“ (енг.: *treaty shopping*). Међу пореским стручњацима су мишљења о карактеру одредбе стварног власника подељена, односно даје јој се карактер анти-абузивне мере као и правила за приписивање прихода. Анализираћемо тренутни карактер одредбе стварног власника у српском пореском законодавству и начин њене неадекватне примене, услед чега може доћи до губљења пореских прихода. Аутор се залаже за анти-абузивни карактер одредбе стварног власника у српском законодавству и испитује однос и примену између тако дефинисане домаће одредбе и чланова 10-12 УИДО, ОЕСД Модел-конвенције и Коментара, а како би се онемогућио приступ преференцијалној пореској стопи из УИДО проточним компанијама услед „пробирања уговора“. На крају, аутор указује на разлоге зашто је Србији потребно да одредби стварног власника прихода припише карактер анти-абузивне мере.

**Кључне речи:** концепт стварног власника, проточне компаније, уговори о избегавању двоструког опорезивања, злоупотреба уговора, пореско планирање.

---

\* vasovic.milos@gmail.com

## 1. Увод

Концепт стварног власништва прихода није својствен државама које примењују континентално право, међу којима је и Србија која је преузела концепт стварног власника из OECD Модел-конвенције, али само као идеју, без даље разраде. С обзиром на то да је појам стварног власника широка област за истраживање, држаћемо се уско само испитивања евентуалне законске разраде наведеног појма у оквиру члана 40а Закона о порезу на добит правних лица, његове анти-абузивне садржине и односа са пореским уговорима, OECD Модел-конвенцијом и Коментаром.

Пре свега, како бисмо схватили сврху и начин примене одредбе стварног власника, осврнућемо се на историју настанка наведеног концепта. Даље, анализираћемо тренутну примену и карактер одредбе стварног власника у српском законодавству. У наредном делу рада, анализира се могућност примене домаће одредбе стварног власника са евентуалном анти-абузивном конотацијом, у оквиру чланова 10-12 УИДО, односно OECD Модел-конвенције и Коментара. С обзиром на то да се аутор залаже за анти-абузивни карактер одредбе стварног власника, навешћемо ралоге таквог става. На крају, указаћемо на битна питања на која је потребно дати одговоре, а иста превазилазе оквире овог рада.

## 2. Концепт стварног власника и његов настанак

Концепт стварног власника се први пут појављује у англосаксонском праву, односно прецизније у државама Комонвелта,<sup>1</sup> у којима термин стварног власника није нужно подразумевао и правног власника (Zuk, 2013: 311). Наиме, термин правног власника се односио на лице које ужива својинска права, док се концепт стварног власника односио на лице које не мора нужно да има право својине али руководи имовином као да је његова, односно извлачи економске користи (Zuk, 2013: 311). Израз својина користи се у англосаксонском праву у широком спектру значења и под наведеним појмом подразумевају се ствари, затим различита права<sup>2</sup> на стварима, поједини или чак сваки интерес на стварима или интереси који нису непосредно везани за ствари (Јелић, 2000: 156). Уједињено Краљевство је у оквиру закона имало одредбу стварног власника, али је њену дефиницију

---

1 Концепт стварног власника први пут се појављује у праву Уједињеног Краљевства, Аустралије и Канаде.

2 Сва права чине својину у ширем смислу (енг.: property): право својине, закупа, службености, залог, грађења и слично, вид.: Јелић Р. (2000). Својина у англосаксонском праву. *Правни живот*. 10 (11). 165.

извучило из судске праксе<sup>3</sup> (Zuk, 2013: 311–312). Судови у англосаксонским земљама често проширују концепт својине и на друга права и интересе, па тако на пример и на право на уговор (Јелић, 2000: 163). У порецима континенталног права наведена права и овлашћења су груписана у једној личности и право својине је интегрално, апсолутно и недељиво, док у системима англоамеричког права више субјеката на истој ствари има комплекс овлашћења, могућности и захтева (Јелић, 2000: 149, 167). Разлику можемо најлакше видети у оквиру институције траста (енг.: trust) која постоји у англосаксонском праву, где трасти<sup>4</sup> према трећим лицима иступа као правни власник, а бенефицијар, односно власник користи, има положај идентичан економском власнику ствари (Јелић, 2000: 154). Својинска овлашћења обухватају држање, убирање плодова и располагање, а из примера са институтом траста видимо да англосаксонско право допушта могућност раздвајања управљања и коришћења исте ствари, тако да припадају различитим лицима (Јелић, 2000: 154, 165). У истом примеру, трасти би се квалификовао као правни, а бенефицијар као стварни власник.

### ***2.1. Концепт стварног власника у оквиру међународног пореског права***

На међународном плану, концепт стварног власника је први пут коришћен у оквиру УИДО између Канаде и Сједињених Америчких Држава 1942. године, међутим, наведени концепт није подразумевао власништво над приходима како то сада дефинише ОЕСД Модел-конвенција<sup>5</sup>, већ над акцијама (Zuk, 2013: 314). Концепт стварног власника прихода је први пут уведен у оквиру Модел-конвенције из 1977. године (J. Aigner, 2006: 101), а први УИДО у којем је примењен наведени концепт јесте протокол уговора између УК и САД из 1966. године (Zuk, 2013: 314). Потребно је нагласити да наведена Модел конвенција није садржала дефиницију стварног власника, а ОЕСД Коментар је само ограничено помињао наведени термин без већег појашњења (Finnerty, Merks, Petriccione, 2007: 229).

---

3 Један познатији случај који је обликовао судску праксу вид.: Case 45 TC 112 Wood Preservation Ltd. v Prior (H.M. Inspector of Taxes) [1966–1969], преузето 1. јуна 2020, са адресе [https://library.cronerico.uk/cch\\_uk/btc/45-tc-112](https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/45-tc-112)

4 Управник траста.

5 Чл. 10, ст. 2 ОЕСД (2017) Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, ОЕСД Publishing, преузето 2. јуна 2020, са адресе <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

ОЕСД је у својим извештајима<sup>6</sup> из 1986. и 1998. године указала на потребу разјашњавања термина стварног власника у оквиру Коментара, а у циљу ефикасније примене УИДО. Коментар из 2003. године усваја предлоге из наведених извештаја и наводи да агенти, номинални власници и проточне компаније нису стварни власници прихода и да примена преференцијалних стопа из уговора не би била у складу са предметом и сврхом Конвенције (Armelin, 2016: 501). Концепт стварног власника тада добија конотацију анти-абузивне мере с обзиром на то да је преамбула Модел-конвенције и Коментара измењена и наводи се да је предмет и циљ Конвенције избегавање двоструког опорезивања као и спречавање фискалне евазије (Armelin, 2016: 501). Последње измене наступиле су 2014. године где се у коментару наводи да директни прималац прихода из чл. 10–12 Конвенције не мора бити стварни власник, јер је право тог примаоца да користи и убира примљени доходак ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљене уплате другом лицу, односно таква обавеза може постојати и услед чињеница и околности које указују да иако не постоји правна или уговорна обавеза за прослеђивање прихода, прималац нема право да плодове користи или убире.<sup>7</sup>

## **2.2. Функције концепта стварног власника**

Мишљења о функцији, односно карактеру стварног власника су подељена, а у овом раду укратко ћемо се осврнути на разлике у примени наведене одредбе услед различитих конотација које јој се придају.

С обзиром на то да је ОЕСД Модел-конвенција из 1977. године само делимично помињала појам стварног власника у коментару, ОЕСД извештаји и Коментар из 2003. године дају стварном власнику функцију анти-абузивне мере против проточних компанија, што није била првобитна улога концепта стварног власника коју су јој приписали аутори који су радили на нацрту наведене конвенције (Zuk, 2013: 330). Такође, Коментар из 2014. године наводи да појам стварног власника служи за спречавање „пробирања уговора“, где проточна компанија нема могућност

---

6 Детаљније објашњен појам проточних компанија вид.: Double taxation conventions and the use of conduit companies, OECD, 1986.; OECD је указала да погодности из УИДО не би требало да буду омогућене компанијама које немају реалну економску функцију, јер исте нису стварни власници прихода. Вид.: стр. 47, пар. 119, Harmful tax competition: An Emerging Global Issue, OECD, 1998.

7 Чл. 10, пар. 12, ст. 1 OECD (2015), Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), OECD publishing, преузето 2. јуна 2020, са адресе [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version\\_9789264239081-en#page4](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en#page4)

располагања над приходом, а има уговорну, правну или обавезу проистеклу из околности случаја да наведени приход проследи стварном власнику (Pistone, 2018: 190). Појам „пробирања уговора“ подразумева ситуацију где резидент државе, која нема УИДО са државом у којој лице жели да врши улагање, оснива филијалу у држави која има УИДО са државом дестинације улагања као и са државом резидентности инвеститора (Vann, 1998: 75). На тај начин инвеститор преко проточне компаније остварује право на преференцијалну пореску стопу из УИДО са државом дестинације улагања и избегава примену веће стопе пореза по одбитку из домаћег права земље извора (Vann, 1998: 75).

Са друге стране, постоји мишљење да концепт стварног власника служи као правило за приписивање прихода, а не као анти-абузивна мера, зато што Коментар наводи да одредба стварног власника служи да објасни појам „плаћено....резиденту“<sup>8</sup> где се у ствари мисли на лице коме се приход приписује за пореске сврхе (Finnerty, et al., 2007: 230). Исти став заступа и техничко објашњење Модел-конвенције Сједињених Америчких Држава из 1996. године, које каже да: „као стварног власника ауторске накнаде треба схватити свако лице које је резидент у другој држави уговорници и којем та држава примљени доходак приписује за пореске сврхе“ (Finnerty, et al., 2007: 231). Такође, OECD Коментар наводи да је принцип стварног власника применљив само у случају једне форме „пробирања уговора“<sup>9</sup>, док је неефикасан у супротстављању других форми и зато не преклудира остале анти-абузивне мере,<sup>10</sup> што одредби стварног власника умањује карактер анти-абузивне мере и приближава је правилу за приписивање прихода.

Примена концепта стварног власника као анти-абузивне мере подразумевала би испитивање субјективног елемента, односно да ли постоји намера пореског обвезника да избегне плаћање пореза (Zuk, 2013: 330). Супротно, ако се наведени концепт схвати као правило за приписивање прихода, стварним власником се сматра лице (Armelin, 2016: 502):

- које је резидент државе уговорнице;

---

8 Чл. 10, ст. 2 OECD (2017) Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, OECD Publishing, преузето 8. јуна 2020, са адресе <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

9 Ова форма се односи на ситуацију када филијала има уговорну, правну или обавезу проистеклу из околности случаја да примљени приход даље проследи стварном власнику.

10 Коментар на члан 10 Модел-конвенције, вид.: пар. 12.5, стр. (C-10) 38, OECD (2017) Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, OECD Publishing, преузето 2. јуна 2020, са адресе <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

- које је поднело захтев за примену преференцијалне стопе из УИДО;
- коме се за пореске сврхе у земљи свог резидентства приписују примљени приходи.

Појму стварног власника прихода није дат јединствени међународни карактер, па национални судови интерпретирају наведени појам другачије (Finnerty, et al., 2007: 231). На пример, италијански судови појму стварног власника приписују карактер анти-абузивне мере чак и у ширем опсегу него што то чини OECD Коментар (Pistone, 2018: 190), док са друге стране шпански судови, у случајевима са менаџмент компанијама које врше одређена права за ауторе, као стварног власника одређују аутора којем се приход приписује, јер се исти приход опорезује у земљи његовог резидентства, а не у земљи резидентства менаџмент компанија (Jimenez, 2013: 204). Дакле, ако се концепт стварног власника схвати као правило за приписивање прихода, потребно је утврдити ком лицу и у којој држави се за пореске сврхе приходи приписују и опорезују, без обзира на постојање намере за избегавањем плаћања пореза, а ако се прихвати концепт анти-абузивног правила, потребно је утврдити да ли постоји наведена намера, што се може видети на основу објективних чињеница у смислу непостојања економске активности лица директног примаоца прихода, а без обзира на то коме се приход за пореске сврхе заиста приписује.

### **3. Појам стварног власника прихода у српском пореском законодавству**

Према Закону о порезу на добит правних лица, резидентно правно лице које исплаћује одређене врсте прихода нерезидентном правном лицу дужно је да плати порез на добит по одбитку по стопи од 20%.<sup>11</sup> Међутим, у случају примене УИДО, нерезидентно правно лице које жели да искористи преференцијалну пореску стопу из уговора, пореској администрацији мора да приложи сертификат о резидентности као и доказ да је стварни власник прихода.<sup>12</sup> С обзиром на то да закон даље не појашњава појам стварног власника прихода, Министарство финансија у својим мишљењима заступа став да је стварни власник дивиденде<sup>13</sup> лице које је регистровано у Агенцији за привредне регистре у држави

11 Чл. 40, ст. 1 Закона о порезу на добит правних лица - ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002 (др. закон), 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 (др. закон), 142/2014, 91/2015 (аутентично тумачење), 112/2015, 113/2017, 95/2018 и 86/2019.

12 *Ibid.*, чл. 40а, ст. 1.

13 Мишљење Министарства финансија бр. 430-01-240/2015-04 од 11. 02. 2016. године.

свог резидентства, а стварни власник ауторске накнаде<sup>14</sup> је лице које има закључен комерцијални уговор са компанијом резидентом Србије и има овлашћење свог претходника о коришћењу предмета и даљем уступању лиценце. Међутим, ако погледамо ПОР 2 образац<sup>15</sup> у којем се наводи да потврду о резидентности издаје надлежни орган државе резидентства стварног власника прихода, поставља се питање да ли овај сертификат потврђује поред резидентства и стварно власништво прихода.

Србија примењује континентално право и разумљиво је да термин стварног власништва поистовећује са правним власништвом, док, са друге стране, државе које примењују англосаксонско право, повлаче терминолошку разлику између лица која имају право својине на имовини и лица која то исто право немају, али имају друго својинско право на имовини, односно могу да убиру њене плодове (J. Aigner, 2006: 105–106). Међутим, иако у домаћем законодавству не постоји разлика између терминологије правног и стварног власника, у суштини постоје институције чија примена доводи до истих ефеката као дефинисани термин стварног власника у англосаксонском праву. На пример, власник акција може исте дати другом лицу на плодуживање, где би плодуживалац убирао плодове тих акција, односно дивиденду, где он фактички постаје економски власник акција. Можемо поставити и питање ко је у обавези у том случају да плати порез на приходе од капитала а да не дође до економског двоструког опорезивања. Управо је и то разлог више да се у оквиру домаћег права направи јасна терминолошка разлика између наведених појмова, како би се омогућило опорезивање стварног, а не правног власника прихода. Министарство финансија поистовећује појмове правног и стварног власништва, па је разумљиво да концепт стварног власника у домаћем праву нема конотацију анти-абузивне мере. Наглашавамо да је дискутабилан и концепт стварног власника као правила за приписивање прихода, јер закон не даје појашњење, а Министарство финансија у својим мишљењима не захтева од пореске администрације да проверава да ли се приход са извора из Србије, за пореске сврхе приписује нерезиденту, директном примаоцу прихода, у земљи свог резидентства. Са друге стране, немачки закон је добар пример где је концепту стварног власника дата функција правила за приписивање прихода, у којем се наводе услови за приписивање имовине као и лица којима се имовина приписује.<sup>16</sup> По истом закону имовина се приписује

14 Мишљење Министарства финансија бр. 430-01-240/2012-24 од 12. 07. 2012. године, 2.

15 Потврда о резидентности страног лица, коју издаје Министарство финансија Републике Србије.

16 Чл. 39 (приписивање) немачког закона, Fiscal Code of Germany in the version promulgated on 1 October 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3866; 2003

правном власнику, осим ако друго лице које није правни власник врши ефективну контролу над имовином у том смислу да може онемогућити власнику да користи имовину током дугорочног периода у оквиру времена у којем имовина даје одређене користи.<sup>17</sup>

Супротно од Немачке, Русија појму стварног власника придаје анти-абузивни карактер, са додатним објашњењима у писмима Министарства финансија. Руски закон у члану 7<sup>18</sup> наводи да је порески платаци који је резидент Русије у обавези да од нерезидентног примаоца прихода прибави доказ о стварном власништву, који мора да проследи пореској администрацији на њен захтев, док она није у обавези да доказује ко је стварни власник, него само да утврди да директни прималац није стварни власник прихода, а у том случају примењује се домаћа, а не преференцијална стопа по одбитку из УИДО. Руско Министарство финансија наводи да једино стварни власник прихода из чланова 10, 11. и 12 УИДО има право на преференцијалну стопу, док је параметре<sup>19</sup> за одређивање стварног власника даље разрадила судска пракса.<sup>20, 21</sup> Руска пореска администрација, по основу судске праксе, дефинише стварног власника као лице које:<sup>22</sup>

- има користи од примљеног дохотка;
- одређује економску судбину примљеног дохотка;
- има економско присуство у земљи свог резидентства;

---

17 *ibid.*, чл. 39, ст. 2, тч. 1.

18 Чл. 7 Руског закона, «Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 31. 07. 1998. N 146-ФЗ (ред. от 01. 04. 2020) НК РФ Статья 7. Международные договоры по вопросам налогообложения (в ред. Федерального закона от 24. 11. 2014. N 376-ФЗ).

19 Закон не дефинише како се тачно утврђује стварни власник прихода, нити шта је порески платаци, резидент Русије, дужан да презентује као доказ да је нерезидентни прималац стварни власник прихода чији је извор из Русије, већ је то даље разрадила судска пракса, а руско Министарство финансија је такву праксу у својим мишљењима потврдило.

20 Пример коришћења проточних компанија са Кипра, где је утврђено и образложено зашто се стварним власником прихода сматрају компаније са Британских Девичанских Острва вид.: Арбитражни суд Руске Федерације, случај РАО Severstal, пресуда бр. А40-113217/16-107-982 [16. 10. 2016].

21 Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. No СА-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”, 1.

22 *ibid.*



- користи примљене приходе за сврху своје регистроване делатности;
- има знакове пословања, односно запошљава радну снагу, закупљује просторе, плаћа текуће пословне трошкове и слично, а чији директори имају самосталност у усвајању одлука;
- нема законску, уговорну обавезу да пренесе приход другом;
- нема горе наведену обавезу и не преноси систематски приход одмах након примања другом лицу.

#### **4. Стварни власник као анти-абузивна мера у српском пореском праву и однос са међународним пореским правом**

Уколико би Србија дефинисала и примењивала концепт стварног власника прихода као анти-абузивну меру, поставља се питање односа између појма стварног власништва из домаћег права и чланова 10, 11 и 12 из OECD Модел-конвенције и њеног Коментара и истих чланова из пореских уговора.

Пре свега, потребно је дефинисати позицију Србије према OECD Модел-конвенцији и њеном Коментару, јер порески уговори не садрже дефиницију појма стварног власника.

##### **4.1. Однос домаће норме о стварном власнику и дефиниције из Коментара**

Имајући у виду чињеницу да OECD Модел-конвенција не пружа дефиницију стварног власника у оквиру чланова 10, 11 и 12, једино појашњење можемо наћи у Коментару,<sup>23</sup> међутим, став доктрине и осталих теоретичара међународног пореског права о карактеру Коментара није јединствен (Дабетић, 2008: 36). Једни сматрају да Коментар има карактер само помоћног средства тумачења, док други сматрају да су државе које су своје пореске уговоре структурирале према OECD Модел-конвенцији сагласне и са одредбама Коментара (Дабетић, 2008: 37). У сваком случају, Коментар нема правно обавезујући значај ни за државе чланице OECD, ни за остале земље које су своје пореске уговоре обликовале према „мустри“ садржаној у OECD Модел-конвенцији (Поповић, Костић, 2009: 31). Међутим, међународни уговори се морају тумачити у доброј вери, па се не може прихватити став да држава поступа у доброј вери тврдећи да се одредбама пореских уговора мора придати значење које је другачије од онога установљеног у Коментару Модел-конвенције OECD у погледу њиховог тумачења постојећих одредаба

---

23 Пап. 12 OECD (2017) Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, OECD Publishing, преузето 29. јуна 2020, са адресе <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

и примене тих одредаба на специфичне ситуације, а да притом ниједна уговорница није ставила примедбу на тумачење Коментара (Поповић, Костић, 2009: 31). У оваквим околностима, постоји претпоставка да су уговорне стране прихватиле интерпретацију успостављену у Коментару, што се своди на прећутно саглашавање да се одредбе пореског уговора које су идентичне онима из Модел-конвенције ОЕСД тумаче и примењују у складу са одговарајућим ставом из Коментара (Поповић, Костић, 2009: 33). ОЕСД Коментар би могао пружити доказ о постојању праксе, у вези са применом уговора, којом је постигнут прећутни споразум између чланица ОЕСД у погледу тумачења уговора, у смислу члана 31, става 3, тачке б) Бечке конвенције, чиме Коментар добија значај допунског средства тумачења из члана 32 Бечке конвенције (Поповић, Костић, 2009: 32). Русија у писму Министарства финансија такође наводи да се ОЕСД Модел-конвенција и њен Коментар примењују као допунско средство тумачења по основу члана 32 Бечке конвенције.<sup>24</sup> Можемо закључити да Србија, која, такође, није чланица ОЕСД, није у правној обавези да примењује интерпретацију стварног власника прихода из Коментара, али примењујући чланове 31 и 32 Бечке конвенције и поступајући у доброј вери, интерпретацију из ОЕСД Коментара не сме потпуно занемарити, већ је потребно да Коментар примењује као допунско средство тумачења.

#### **4.2. Однос одредбе стварног власника из домаћег права и из пореских уговора**

Пре свега, потребно је указати на генерални однос између домаћег права и међународних ратификованих уговора. Опште правило је да одредбе пореских уговора имају превагу над супротним одредбама домаћег права, што проистиче из устава, закона или чињенице да међународни уговор представља *lex specialis* (Arnold, 2016: 139). Устав Републике Србије прописује да закони морају бити у сагласности са потврђеним међународним уговорима,<sup>25</sup> док немачко законодавство прописује да међународни уговори имају исту снагу као и закони, али судови по својој интерпретацији у пракси предност дају међународним уговорним обавезама (Rust, 2006: 234–235, 237–238). С обзиром на то да порески уговори имају превагу на домаћим одредбама, потребно је погледати чланове 10, 11 и 12 УИДО у потрази за дефиницијом стварног власника, а

24 Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. No СА-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”, 1.

25 Чл. 194 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.

како у наведеним члановима појам није објашњен, примењује се члан 3, став 2 УИДО, односно OECD Модел-конвенције који гласи: „Када држава уговорница примењује у било које време Конвенцију, сваки израз који у њој није дефинисан има значење, осим ако контекст не захтева другачије, према закону те државе...“.<sup>26</sup> За државу извора прихода, која примењује УИДО, постоје два начина примене наведеног члана (J. Aigner, 2006: 104):

- директна примена домаћег права и тако дефинисане одредбе стварног власника;
- примена појма стварног власника у оквиру међународног пореског контекста на шта члан 3, став 2 упућује.

Према Ајгнеру (Dietmar J. Aigner), у оквиру стандардног пореског уговора не постоје чињенице које би указивале да према члану 3, ставу 2 интерпретација стварног власника према домаћем праву није оправдана, а такође још увек није разјашњен међународни једногласни контекст стварног власника прихода (J. Aigner, 2006: 105).

На основу тумачења Бечке конвенције у члану 31, ставу 2 видимо да се контекст изводи из званичног текста пореског уговора, који укључује преамбулу и анекс, а у сваком случају укључује и Коментар OECD Модел-конвенције (Zuk, 2013: 324). Коментар наводи да се термин стварног власника не користи у уском техничком смислу, већ би требало да буде схваћен у свом контексту, пре свега у односу на речи „плаћено...резиденту“, као и у светлу предмета и сврхе Конвенције, укључујући и избегавање двоструког опорезивања и превенције фискалне евазије.<sup>27</sup> Управо тако, судови у Русији директно примењују домаћу одредбу која се односи на стварног власника у виду анти-абузивне мере, а на основу интерпретације из OECD Коментара где је термин стварног власника схваћен у контексту превенције фискалне евазије.<sup>28</sup>

---

26 Чл. 3, ст. 2 OECD (2017) Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, OECD Publishing, преузето 30. јуна 2020, са адресе <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

27 Коментар члана 10 Модел-конвенције, пар. 12, ст. 1 OECD (2017) Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, OECD Publishing, преузето 30. јуна 2020, са адресе <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

28 Письмо Федеральной налоговой службы от 28 апреля 2018 г. № СА-4-9/8285@“О практике рассмотрения споров по применению концепции лица, имеющего фактическое право на доход (бенефициарного собственника)”, 1.

ОЕСД Модел-конвенција и Коментар по први пут 2003. године у преамбули наводе да је циљ пореских уговора и спречавање фискалне евазије,<sup>29</sup> док МЛI (енг.: Multilateral Instrument – MLI)<sup>30</sup> наведени циљ уноси директно у преамбуле пореских уговора, на основу чега закључујемо да је контекст који је извучен из Коментара, преко примене МЛI, сада део самих пореских уговора, што оправдава директну примену домаће анти-абузивне одредбе која се односи на стварног власника прихода, а која на овај начин постаје и део међународног контекста.

## **5. Разлози за дефинисање и примену одредбе стварног власника као анти-абузивне мере у српском пореском праву**

Први разлог за примену домаће одредбе стварног власника као анти-абузивне мере на чланове 10, 11 и 12 пореских уговора јесте управо примена снижене стопе пореза по одбитку коју предвиђају порески уговори, уместо примене веће законски предвиђене стопе, а услед „пробирања уговора“.

Даље, Србија своју политику заснива на привлачењу страног капитала. Према гувернеру Народне банке Србије, током 2017. године, интересовање страних инвеститора за улагање у Србију је повећано, о чему сведочи и 2,6 милијарди евра страних директних и портфолио инвестиција, као и то да је од почетка наведене године надмашен износ инвестиција из истог периода претходне године.<sup>31</sup> Крајем 2018. године висина страних инвестиција износила је 4,1 милијарду долара, што је велики пораст у односу на претходну годину.<sup>32</sup> Чињеницу која додатно показује намеру Србије за привлачењем инвестиција, односно капитала, можемо видети и у одредбама закона<sup>33</sup> које су омогућиле подстицаје за улагање, односно за увоз капитала у Србију. Погледајмо следећи пример: инвеститор са Британских Девичанских Острва жели да инвестира 1.000.000 евра и да оснује привредно друштво у Србији. Годишња дивиденда, услед директне инвестиције, била би опорезована порезом по одбитку у износу од 20%.<sup>34</sup>

29 Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, 2003, 23.

30 Чл. 6, ст. 1 Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting.

31 Коментар гувернера, преузето 25. април 2020, са адресе <https://www.nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=12589&konverzija=yes>

32 За више података вид. <https://www.nordeatrade.com/fi/explore-new-market/serbia/investment>

33 Чл. 50ј (улагања у старт ап фирме које обављају иновациону делатност), чл. 25а и 30 (IP Вох режим), чл. 22г (признавање трошкова у дуплом износу за истраживање и развој које обвезник обавља у Републици Србији), ЗПДПЛ.

34 Чл. 40, ст. 1, тч. 1 Закона о порезу на добит правних лица.

Међутим, уколико инвеститор оснује прво компанију на Кипру, која даље оснива привредно друштво у Србији, примењивала би се преференцијална пореска стопа пореза по одбитку из УИДО са Кипром у износу од 10%.<sup>35</sup> Кипар за примљене дивиденде примењује афилијациону привилегију<sup>36</sup> и не примењује порез по одбитку,<sup>37</sup> тако да је укупни порески терет коришћењем проточне компаније, преполовљен.

Уколико би Србија примењивала одредбу стварног власника по угледу на земље које наведеној одредби дају карактер анти-абузивне мере, међу којима је и Русија, терет доказа о стварном власнику би био на домаћем исплатиоцу прихода, што умањује административну оптерећеност пореске управе.

## 6. Закључак

Концепт стварног власника се развијао од 1977. године само у оквиру OECD Коментара, док је као појам поменут у OECD Модел-конвенцији, али у истој није дато објашњење значења наведеног појма. Србија је преузела идејну конструкцију одредбе стварног власништва прихода из OECD Модел-конвенције, али законодавац се даље није бавио њеним дефинисањем, а наведени термин у српском законодавству није анти-абузивна мера, већ је ближи правилу за приписивање прихода. Разлику између ова два правила можемо видети између немачког и руског закона који појму стварног власника приписују различите функције.

С обзиром на то да порески уговори не дају образложење термина стварног власника, члан 3, став 2 пореских уговора даје могућност директне примене дефиниције стварног власника из домаћег права ако контекст не захтева другачије. Од 2003. године једини контекст који се односио на спречавање фискалне евазије могао се извучити из преамбуле OECD Модел-конвенције и Коментара, који немају правно обавезујући карактер за чланице OECD, па тиме ни за Србију, док са друге стране, у циљу примене пореских уговора у доброј вери, имају карактер обавезујућег допунског средства тумачења по члановима 31 и 32 Бечке конвенције. Такав контекст је појачао анти-абузивно дејство стварног власника, што је омогућило националним

---

35 Чл. 10, ст. 2 Уговора између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Кипар о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину.

36 Преузето 1. јула 2020, са адресе <https://taxsummaries.pwc.com/Cyprus/Corporate/Income-determination>

37 Преузето 1. јула 2020, са адресе <https://taxsummaries.pwc.com/cyprus/corporate/withholding-taxes>

судовима, попут руских и италијанских, да интерпретацијом Модел-конвенције и Коментара, директно примене домаћу одредбу стварног власника са анти-абузивним карактером на чланове 10–12 УИДО. МЛI исту преамбулу уноси директно у пореске уговоре, што појачава контекст из Коментара и тиме се међународни контекст поравњава са анти-абузивним карактером домаће одредбе о стварном власнику.

Ако би Србија, у оквиру закона, стварном власнику прихода дала карактер анти-абузивне мере, по угледу на руски закон и судску праксу, порески губици би услед „пробирања уговора“ били смањени, и то без већег оптерећења за пореску администрацију што се тиче примене наведене одредбе, јер би терет доказивања о стварном власништву био на резидентном исплатиоцу прихода. С обзиром на то да је увоз страних инвестиција у порасту и да Србија своју политику заснива на привлачењу страног капитала, расте и опасност од примене проточних компанија и „пробирања уговора“, што је разлог више да домаћи законодавац појму стварног власника припише анти-абузивну функцију.

Предлажемо да српски законодавац у оквиру Закона о порезу на добит правних лица појму стварног власника прихода припише анти-абузивни карактер по угледу на руски закон, јер се тако дефинисана одредба може, у оквиру контекста из пореских уговора чија је преамбула измењена према МЛI, применити на чланове 10–12 УИДО.

Аутор се у раду ограничава само на анти-абузивни карактер појма стварног власника у српском праву, а у односу на чланове 10–12 из УИДО, ОЕСД Модел-конвенције и Коментара, док многа питања остају нерешена. Навешћемо нека од њих. Да ли је концепт стварног власника из Коментара заиста довољан да спречи „пробирање уговора“, или је боље прибегавати PPT (енг.: principal purpose test) и LoB (енг.: limitation of benefits) одредбама из УИДО, као и домаћим GAAR мерама? Да ли постоји разлика између термина стварног власника дефинисаног у ОЕСД Коментару и у директивама Европске уније? У случају приступања ЕУ, да ли је Србија у обавези да се служи дефиницијом из директива или може и да примењује Коментар? Да ли нова преамбула из МЛI члану 3, ставу 2 пореских уговора приписује анти-абузивни контекст, и тиме државе које наведени појам примењују као правило за приписивање прихода неће моћи да директно примењују тако дефинисану домаћу одредбу на чланове 10–12 УИДО? Зашто стварни власник није разјашњен у оквиру ОЕСД Модел-конвенције која служи као „мустра“ за склапање пореских уговора? Зашто термин није део BEPS Акције 6 и МЛI, имајући у виду чињеницу да МЛI модификује директно пореске уговоре?

## Литература/References

Arnold, B. J. (2016). *International Tax Primer*. Холандија: Kluwer Law International BV.

Aigner, D. J. (2006). The concept of beneficial ownership, у: D. J Aigner (ур.) и L. Glaser (ур.), M. Tumpel (ур.), *The taxation of savings interest income in the European capital market*. Wien: Linde.

Armelin, D. V. (2016). Treaty abuse and beneficial ownership: latest OECD developments, у: D. W. Blum (ур.), M. Seiler (ур.), M. Lang (ур.), *Preventing treaty abuse*. Wien: Linde.

Vann, R. J. (1998). International aspects of Income tax, у: V. Thuronyi (ур.), *Tax law design and drafting*, Volume 2. Washington: International Monetary Fund.

Дабетић, Д., Татић И. (ур.) (2008) *Република Србија и избегавање двоструког опорезивања*. Београд: Савез рачуновођа и ревизора Србије „Рачуноводство“ д.о.о.

Zuk, M. (2013). The Beneficial ownership concept in tax treaties, у: K. Simader (ур.), E. Titz (ур.), *Limits to tax planning*. Wien: Linde.

Jimenez, A. M. (2013). Beneficial ownership as an attribution of income rule in Spain: source and residence country perspectives, у: M. Lang (ур.), P. Pistone (ур.), J. Schuch (ур.), C. Staringer (ур.), A. Storck (ур.), *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD.

Јелић, Р. (2000). Својина у англосаксонском праву. *Правни живот*. 10 (II).

Pistone, P. (2018). The Concept of beneficial ownership in tax treaties and its general anti-avoidance function, у: M. lang (ур.), A. Rust (ур.), J. Owens (ур.), *Tax treaty case law around the globe 2017*. Wien: Linde.

Поповић, Д., Костић С. В. (2009) *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања – правни оквир и тумачење*. Београд: Sekos In.

Rust, A. (2006). Tax treaties in the hierarchy of law, у: G. Maisto (ур.), *Tax treaties and domestic tax law*. Amsterdam: IBFD.

Finnerty C. J., Merks P., Petriccione M., Russo R. (ур.) (2007) *Fundamentals of international tax planning*, Amsterdam: IBFD.

**Miloš Vasović,**

*PhD student,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## **BENEFICIAL OWNERSHIP OF INCOME AS AN ANTI- ABUSIVE MEASURE IN SERBIAN TAX LAW**

### **Summary**

*The Serbian Corporate Income Tax Act contains a provision on the beneficial ownership of income (hereinafter: the BO provision), which is one of the conditions for the application of the preferential tax rate on income tax after tax deduction, which is envisaged in Treaties for the avoidance of Double Taxation on income and capital (hereinafter: Double Taxation Treaties/ DTTs). The subject matter of research in this paper is the term “beneficial ownership”, which is not defined in the Corporate Income Tax Act. It may ultimately lead to abusing the preferential tax rates from the DTTs in tax planning and “treaty shopping” through the use of conduit companies. Tax experts have different opinions on the legal nature of the BO provision, which is given the function of an anti-abusive measure (on the one hand) and a rule for the attribution of income (on the other hand). The author analyzes the current function of the BO provision envisaged in the Serbian Corporate Income Tax Act (CITA), and its inadequate application. The author advocates for enacting the BO provision as an anti-abusive measure, and examines the possible application of the BO provision in domestic tax law, with reference to Articles 10, 11, and 12 of the DTTs that Serbia contracted with other states, as well as Articles 10-12 of the OECD Model-Convention on Income and Capital (2017) and Commentaries on these articles. Such an application of the BO provision may preclude “treaty shopping”. In final remarks, the author points out why the BO provision should be envisaged as an anti-abusive measure in Serbian tax law.*

**Keywords:** *the concept of beneficial ownership, conduit companies, double taxation treaties (DTT), “treaty shopping”, tax planning.*



**Ивана Ђокић,\***  
Докторанд Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28229

UDK: 347.61/.64(470)  
Раd примљен: 01.09.2020.  
Раd прихваћен: 25.10.2020.

## **ОБЕЗБЕЂЕЊЕ КОНТИНУИТЕТА ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПОСЛЕ ОТВАРАЊА НАСЛЕЂА ЈЕДНОГ ЛИЦА У РУСКОМ ПРАВУ**

**Апстракт:** Предмет пажње аутора у раду јесте обезбеђивање континуитета породичноправне заштите оних субјеката који су радно неспособни, а које је оставилац за живота издржавао, одговарајућим наследноправним механизмима. Кроз призму актуелне наследноправне регулативе Руске Федерације, становишта заступаних у руској правој књижевности и јудикатуре, настојаћемо да укажемо да се континуитет породичноправне заштите радно неспособних лица која је оставилац издржавао може ефикасно обезбедити путем наследноправне универзалне сукцесије.

**Кључне речи:** наслеђивање, радна неспособност, издржавање, заједница живота.

### **1. Увод**

Установа наслеђивања у савременом руском праву уређена је одредбама треће главе Грађанског кодекса Руске Федерације.<sup>1</sup> Одредбе кодекса којима је уређено интестатско наслеђивање примењују се само уколико оставилац за живота није сачинио завештање којим је распоредио своју имовину на жељен начин.<sup>2</sup> Према слову Законика, наследници који стичу заоставштину оставиоца под условима и на начин одређен законом јесу

---

\* evtimovivana@yahoo.com

1 Часть 3 Гражданский Кодекс Российской Федерации от 30. 11. 1994 N 51-ФЗ (ред. от 03. 08. 2018, с изм. от 03. 07. 2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01. 06. 2019). У продужетку рада, за Грађански законик Руске Федерације, употребљаваћемо скраћеницу ГКРФ.

2 Чл. 1111 ГКРФ.

његови универзални сукцесори. На њих прелазе сва наслеђивању подобна права и обавезе.<sup>3</sup>

Анализирајући одредбе ГКРФ којима је уређено законско наслеђивање може се закључити да је установа наслеђивања нормирана искључиво у складу са начелом наследноправне универзалне сукцесије. Осим тога, у поступку правног моделирања установе наслеђивања, руски законописац је применио и начело специјалности у наслеђивању, о чему сведоче одредбе ГКРФ које регулишу наслеђивање одређених врста ствари и права.<sup>4</sup>

Поред наведеног, ваља споменути да ГКРФ нису предвиђени случајеви стицања права из заоставштине, по правилу, без одговорности за обавезе оставиоца, који за извор имају законску одредбу. Могли бисмо рећи да је то уједно и једна специфичност савременог руског наследног права. Она га издваја и чини посебним у односу на већину савремених правних система, у којима је наследноправним одредбама, упоредо са наследноправном универзалном сукцесијом, нормирана и наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона.

Како је већ речено у фокусу нашег истраживања је питање обезбеђивања континуитета породичноправне заштите одговарајућим наследноправним механизмима. Отуда ћемо настојати да, кроз призму одредаба којима је стипулисано право законског и нужног наслеђивања у корист сродника које је оставилац за живота издржавао и других лица која су била издржавана од стране оставиоца руске правне књижевности и становишта судова Руске Федерације, укажемо нашем законописцу да обезбеђивање континуитета породичноправне заштите путем наследноправних механизма није непознаница у савременом руском наследном праву. Осим тога, указаћемо и да континуитет породичноправне заштите може ефикасно бити обезбеђен путем наследноправне универзалне сукцесије.

## **2. Право радно неспособних потенцијалних законских наследника и других издржаваних лица на наслеђивање**

Одредбама чл. 1148, ст. 1 ГКРФ, предвиђено је да сродници као потенцијални законски наследници наведени у чл. 1143–1145 ГКРФ, који су радно неспособни на дан отварања наслеђа и који не улазе у круг наследника који се, у конкретном случају, позивају на наслеђе, наслеђују на основу закона заједно и равноправно са наследницима тог наследног реда. Ово,

---

3 Чл. 1110, ст. 1 ГКРФ.

4 Глава 65 ГКРФ (Наследование отдельных видов имущества).

под условом да их је оставилац годину дана до своје смрти издржавао, независно од тога да ли су живели са оставиоцем или нису.<sup>5</sup>

Осим тога, словом чл. 1148, ст. 2 ГКРФ, стипулисано је да право наслеђивања припада и било ком лицу које није сродник оставиоца које је радно неспособно, под условом да је живело заједно са оставиоцем и било издржавано од стране оставиоца не мање од годину дана до оставиоцеве смрти.<sup>6</sup> Истим чланом је нормирано да уколико оставилац нема ниједног од законских наследника из чл. 1142–1145 ГКРФ, субјекти из чл. 1148, ст. 2 ГКРФ наслеђују у осмом наследном реду целокупну заоставштину оставиоца.<sup>7</sup>

Анализирајући одредбе чл. 1148 ГКРФ, запажамо да су чињенице радна неспособност и издржавање правно релевантне чињенице, које у садејству остварују одлучујући утицај на конструкцију законског наследног реда.

Последица такве нормативне конструкције, судећи не само према садржини ове одредбе већ и према становишту руске судске праксе, огледа се у могућности да се и ванбрачни партнер оставиоца може позвати на наслеђе, и стећи удео у заоставштини оставиоца равноправно са наследницима који редовно наслеђују или стећи заоставштину оставиоца у целини.<sup>8</sup>

### **2.1. О конкретизацији појма „радна неспособност”, квантитету и квалитету чињеног издржавања**

Када је реч о појму радна неспособност (*нетрудоспособность*), ваља указати да се руски законописац није бавио његовом конкретизацијом. Осим тога, руски законописац не говори каквих квалитета треба да буде издржавање које је оставилац чинио како би остварило одлучујући утицај на конструкцију законског наследног реда. Оно што се да запазити јесте да је руски законописац у законском тексту искористио апстрактне појмове, а њихову конкретизацију и тумачење оставио је теоретичарима наследног права и судовима.

Тако је у руској правној књижевности указано да је тумачење радне неспособности садржано у Ставу Пленума Врховног суда Руске Федерације од 29. маја 2012. године (Петров, 2018: 302). Из садржине овог Става произлази да се у категорију радно неспособних сродника оставиоца из

---

5 Чл. 1148, ст. 1 ГКРФ.

6 Чл. 1148, ст. 2 ГКРФ.

7 Чл. 1148, ст. 3 ГКРФ. О коренима овакве правне регулативе, (Гущин, Гуреев, 2017: 31–32) и (Максютина, 2009: 120–122).

8 Решение Канашская районного суда Чувашской Республики, № 2–216/2017.

чл. 1143–1145 ГКРФ, сврставају: 1) малолетна лица, како је то предвиђено чл. 21, ст. 1 ГКРФ; 2) грађани који су навршили године за стицање старосне пензије, како је то предвиђено чл. 7, ст. 1 Федералног закона о радничким пензијама Руске Федерације од 17. децембра 2001. године; 3) грађани код којих је утврђен први, други или трећи степен инвалидитета, независно од чињенице да ли остварују инвалидску пензију или не.<sup>9</sup>

У руској правној литератури говори се о радно неспособним субјектима као о „посебној групи наследника” и указује да време трајања радне неспособности није од значаја на остваривање наследног права од стране издржаваних лица (Золотов, 2018: 22).

Према становишту Врховног суда Руске Федерације, издржавање по свом квантитету треба да буде потпуно, или да има карактеристике систематске помоћи која је за издржавано лице била стални и основни извор егзистенције, независно да ли је издржавано лице примало зараду, пензију, стипендију или друга примања.<sup>10</sup> Осим тога, да ли је издржавање потпуно, те да ли има карактер систематске помоћи, и да ли је основни и постојани извор егзистенције издржаваног, цениће се у зависности од односа издржавања које је оставилац чинио и других извора прихода радно неспособног лица.<sup>11</sup>

У пракси нижестепених судова Руске Федерације, овакво становиште Врховног суда Руске Федерације је конкретизовано на тај начин што је суд приликом утврђивања испуњености услова предвиђених у чл. 1148 ГКРФ кренуо од садржине извештаја Пензионог фонда и извршио упоређивање износа пензије оставиоца са висином прихода издржаване жене која је са њим живела у ванбрачној заједници. Последица таквог упоређивања огледа се у закључку суда да су приходи оставиоца били далеко већи од прихода жене која претендује на његову заоставштину, а будући да је она испунила и остале услове предвиђене чл. 1148, ст. 2 ГКРФ, суд је утврдио да њој припада 1/2 заоставштине, коју је чинио стан.<sup>12</sup>

Терет доказивања испуњености услова из чл. 1148 ГКРФ за стицање законом прописаног дела заоставштине стоји на субјектима који претендују на део наследства. Уколико субјекти из чл. 1148 ГКРФ не пруже суду доказ да су сви услови испуњени, суд ће одбити њихов захтев за утврђивањем

---

9 Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации № 9 от 29. мая 2012.

10 *Ibidem*.

11 Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 12. 07. 2016 N 49-КГ16-10.

12 Решение Черногорского городского суда Республики Хаклики Хакасия, № 2-436/2015.

удела у заоставштини оставиоца.<sup>13</sup> У руској правној литератури појашњено је да се: „Чињеница радне неспособности може доказивати: пасошем, изводом из матичне књиге рођених, решењем о признавању права на пензију, закључком медицинске експертизе којом је утврђена група инвалидитета издржаваног лица (Корнеева, 2005: 138).

Такође, у руској правној књижевности појашњено је да издржавање које је оставилац чинио за живота може бити резултат како његове добре воље, тако и резултат одлуке надлежног органа којом је оставилац обавезан да плаћа издржавање. Основ пресуде на темељу које је оставилац дужан да уплаћује износи на име алиментације јесте Породични законик Руске Федерације (Петров, 2018: 303). Идентичног је становишта и Уставни суд Руске Федерације.<sup>14</sup>

Руска судска пракса је становишта да, када је у питању издржавање које је чинио оставилац, по свом карактеру треба да буде продукт самосталне и свесне изјаве воље, а не последица нужде, ради које је успостављен такав однос у коме обе стране имају какву корист.<sup>15</sup> Такође је битно указати да су теоретичари руског наследног права и судска пракса јединственог становишта да субјекти који су од оставиоца примали новчану ренту по основу уговора о новчаној ренти не спадају у категорију субјеката која је нормирана чл. 1148 ГКРФ, а која може претендовати на део заоставштине и исту стећи (Петров, 2018: 303).

## ***2.2. Доказивање постојања заједнице живота издржаваног лица и оставиоца***

Како је већ речено, словом Законика предвиђено је да субјекти из чл. 1148 ГКРФ, ст. 2, могу стећи законом прописани део заоставштине уколико поред напред наведених услова у погледу радне неспособности и издржавања испуњавају и трећи услов, који се огледа у чињеници заједничког живота са оставиоцем.

У руској правној књижевности изнето је становиште да је, ипак, могуће да су лице из чл. 1148, ст. 2 ГКРФ и оставилац живели одвојено, и да оправдање за то може бити непостојање стамбених и материјалних услова оставиоца да издржаваном лицу омогући заједнички живот на адреси свог

---

13 Решение Симоновского районного суда, № 2-2922/16.

14 Определение Конституционного суда Российской Федерации, № 555-О, от 20. марта 2014. года.

15 Апелляционное определение СК по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 23 июня 2015 г. по делу N 33-9576/2015.

пребивалишта (Владимировна, 2016: 171). Осим наведеног, има и мишљења да чињеница заједничког живота није условљена било каквом формалном регистрацијом пребивалишта или боравишта, али и становишта према коме је неопходно да се чињеница заједничког живота са оставиоцем доказује документом о регистрацији пребивалишта на период од годину дана (Цокур, 2011: 45).

Коначну реч у погледу овог питања дала је руска судска пракса, према којој ће субјекти из чл. 1148, ст. 2 ГКРФ остварити своје право наслеђивања уколико су фактички живели са оставиоцем, при чему чињеница заједничког живота може бити доказана изјавама сведока.<sup>16</sup>

Будући да су предмет наше анализе одредбе чл. 1148 ГКРФ, ваљало би се осврнути и на запажање да је одредба чл. 1148, ст. 1 ГКРФ изазвала питање у пракси како поступити када се, примера ради, у улози из чл. 1148, ст. 1 ГКРФ нађу унуцу и праунуци оставиоца?

Према разјашњењу Врховног суда Руске Федерације, ова лица, под условом да су била издржавана од стране оставиоца, поред својих живих родитеља, наслеђиваће у првом наследном реду, независно од тога да ли су живела заједно са оставиоцем или нису (Петров, 2018: 301). Према нашем мишљењу, овакво стање ствари говори у прилог одступања од правила репрезентације, све у циљу обезбеђивања егзистенцијалне сигурности радно неспособних десцендената оставиоца које је издржавао.

На основу начињене анализе одредаба чл. 1148 ГКРФ, ваља указати да је наведеним одредбама руски законописац прокламовао континуитет породичноправне заштите широког круга субјеката. Такође, чињеницама радне неспособности и издржавања доделио је утицај на конструкцију законског наследног реда подједнак утицају које остварују чињенице крвног и адоптивног сродства, те чињеница брачне заједнице са оставиоцем. Будући да су у питању диспозитивне правне норме, њима се не обезбеђује континуитет у породичноправној заштити радно неспособних субјеката из чл. 1143–1145 ГКРФ и издржаваних лица. Међутим, чињеница је да исте представљају један неодвојиви фрагмент на путу обезбеђивања континуитета породичноправне заштите, о чему ћемо говорити у редовима који следе.

---

16 Решение Пресненского районного суда г. Москвы, № 2-6565/16.

### **2.3. Право радно неспособних потенцијалних законских наследника и других издржаваних лица на нужни део**

Према слову Законика, право на нужни део (*обязательная доля*), припада малолетној или радно неспособној деци оставиоца, радно неспособној супрузи и родитељима, а такође и радно неспособним лицима које је оставилац за живота издржавао, а који се позивају на наслеђе, сходно ставу првом и ставу другом чл. 1148 ГКРФ. Величина нужног дела одређује се у уделу од  $\frac{1}{2}$  од њима припадајућег законског наследног дела. Нужни наследници стичу нужни део из расположивог дела заоставштине. Уколико је тај део недовољан за њихово намирење, одговарају завештајни наследници.<sup>17</sup>

Нормирајући да нужним наследницима, на име нужног дела, припада удео у заоставштини оставиоца (стварно право), руски законописац је остао веран римској правној традицији. Логика оваквог избора, како је примећено у теорији, огледа се у чињеници што део у природи даје веће гаранције социјално угроженом наследнику. Ово будући да је у условима неразвијених кредитних односа компликовано захтевати обезбеђивање потраживања изостављеног наследника (Петров, 2018: 301).

У руској правној књижевности, такође, указано је: „Да у основи права на нужни део у руском праву, стоји идеја издржавања радно неспособних лица” (Петров, 2018: 308), те да је право на нужни део из чл. 1149 ГКРФ конституисано „ради обезбеђивања гаранције права незаштићених грађана” (Золотов, 2018: 49).

Сличног је становишта и Уставни суд Руске Федерације, према коме су норме из чл. 1149, ст. 1 ГКРФ, којима је нормирано право на нужни део, сачињене ради материјалног обезбеђења оне категорије лица којима је нужна посебна заштита, имајући у виду њихов узраст и здравствено стање.<sup>18</sup>

Анализирајући први део одредбе чл. 1149 ГКРФ, запажамо да је руски законописац право на нужни део стипулисао најпре у корист своје малолетне деце или радно неспособне деце, а потом и у корист радно неспособног супружника оставиоца и родитеља оставиоца. Чинећи осврт на одредбе Породичног кодекса Руске Федерације<sup>19</sup>, и то на: чл.

---

17 Чл. 1149 ГКРФ.

18 Определение Конституционного суда Российской Федерации, № 1024-О, от 26 мая 2016. года.

19 Семейный кодекс Российской Федерации от 29. 12. 1995 № 223-ФЗ (ред. от 29. 05. 2019). У продужетку рада за Породични кодекс Руске Федерације, употребљаваћемо

80, ст. 1, чл. 85, ст. 1,<sup>20</sup> чл. 87, ст. 1,<sup>21</sup> чл. 89, ст. 2, тач. 1,<sup>22</sup> и упоређујући садржину ових одредаба са одредбом чл. 1149 ГКРФ, произлази да је руски законодавац установом нужног наслеђивања обезбедио континуитет у породичноправној заштити најпре малолетне деце, пунолетне радно неспособне деце, радно неспособног супружника и родитеља оставиоца.

Такође, запажамо да је на такав начин нормирани континуитет породично-правне заштите по свом домену ужи у односу на породичноправну заштиту (материјално обезбеђење и подршку) која је регулисана одредбама ПКРФ. Утемељење оваквом нашем запажању представља чињеница радне неспособности којој је руски законописац дао одлучујући утицај у конструкцији нужног наследног реда. Последица такве регулативе огледа се у чињеници да супружник који је радно способан неће имати права на нужни део заоставштине, упркос томе што је одредбама ПКРФ предвиђено да су супружници у обавези да пружају материјалну подршку један другоме.<sup>23</sup> Схватања смо да је таква регулатива у свему у складу са идејом материјалног обезбеђења незаштићених субјеката, заступаној у руској правној књижевности и судској пракси, а на коју смо указали у нашим пређашњим редовима.

Руски законописац је другим делом одредбе чл. 1149 ГКРФ стипулисао да нужни део, у размери од 1/2 од законског наследног дела, припада и радно неспособним субјектима из чл. 1148 ст. 1 и ст. 2 ГКРФ које је оставилац издржавао не мање од годину дана до своје смрти. Анализирајући садржину чл. 1148 и 1149 ГКРФ, као и садржину одредаба чл. 1143–1145 ГКРФ, закључујемо да је руски законописац, практично, предвидео могућност да један неограничен круг субјеката може захтевати нужни део и то: радно неспособни и издржавани субјекти који чине други наследни ред (браћа и сестре оставиоца, деде и бабе оставиоца, деца пунородне браће и сестара која наслеђују по праву репрезентације); субјекти који чине трећи наследни ред (пунородне и непунородне сестре и браћа родитеља оставиоца, примера ради: ујаци, стричеви, тетке); наследници који чине

---

скраћеницу ПКРФ.

20 Чл. 85, ст. 1 ПКРФ, предвиђа: „Родитељи су дужни да издржавају своју пунолетну радно неспособну децу, којој је помоћ нужна”.

21 Чл. 87, ст. 1 ПКРФ, предвиђа: „Радно способна пунолетна деца дужна су да издржавају своје радно неспособне родитеље, којима је помоћ нужна и да се старају о њима”.

22 Чл. 89 ПКРФ, ст. 1 предвиђа: „Супружници су дужни да материјално подржавају један другог”. Чл. 89, ст. 2, тач. 1, предвиђа: „Уколико таква подршка изостане супружник коме је издржавање нужно има права да захтева издржавање у судском поступку, уколико је радно неспособан”.

23 Видети: *Ibidem*.



четврти наследни ред (прадеде и прабабе оставиоца); пети наследни ред (деца синоваца/ице, братанаца/нице, сестрића/чине, пународни унуци и унукe, те браћа и сестре оставиочевих баба и деда), шести наследни ред (унуци синоваца/ице, братанаца/нице, сестрића/чине) деца оставиочеве браће и сестара по стричевима, ујацима теткама, те деца рођене браће и сестара оставиочевих баба и деда. Право на нужни део, имају и пасторка и пасторак оставиоца, те очух и маћеха оставиоца, под условима предвиђеним чл. 1149 ГКРФ.

Чинећи компарацију напред описаног круга субјеката, у чију корист је руски законодаписац стипулисао право нужног наслеђивања, са одредбама ПКРФ, и то: чл. 93,<sup>24</sup> чл. 94,<sup>25</sup> чл. 95,<sup>26</sup> чл. 97,<sup>27</sup> произлази да је одредбама чл. 1149 ГКРФ обезбеђен континуитет у породичноправној заштити оне категорије субјеката које је оставилац за свог живота био дужан да издржава и то: радно неспособне браће и сестара, радно неспособних унука и унукe, радно неспособних баба и деда, те радно неспособних пасторака, очуха и маћехе.

Међутим, начињена анализа не упућује само на то да је руски законодаписац наследноправним одредбама које регулишу нужно наслеђивање успешно обезбедио континуитет у породичноправној заштити, већ и да је тим одредбама проширио домен породичноправне заштите, и ефикасно обезбедио да и радно неспособна и издржавана лица из чл. 1148 ГКРФ, примера ради из трећег, четвртог, петог, шестог наследног реда, за које према одредбама ПКРФ оставилац за живота није имао дужност издржавања, могу стећи нужни део заоставштине.

---

24 Чл. 93 ПКРФ, предвиђа: „Малолетна браћа и сестре која се налазе у нужди, под условом да не могу да добију издржавање од својих родитеља, имају право у судском поступку да захтевају алиментацију од своје радно способне и пунолетне браће и сестара који имају средстава за издржавање. Исто право имају и пунолетна радно неспособна браћа и сестре која не могу добити издржавање од своје радно способне пунолетне деце, супружника (бившег супружника) или од родитеља”.

25 Чл. 94 ПКРФ предвиђа: „Малолетни унуци који се налазе у стању нужде, уколико не могу добити издржавање од својих родитеља, имају право да у судском поступку захтевају алиментацију од својих деда и баба, под условом да они имају средства за издржавање”.

26 Чл. 95 ПКРФ предвиђа: „Радно неспособне деде и бабе оставиоца који се налазе у стању нужде, у случају да не могу да добију издржавање од своје пунолетне радно способне деце или супружника (бившег супружника), имају право да захтевају издржавање у судском поступку од својих радно способних унука који имају средстава за издржавање”.

27 Чл. 97 ПКРФ.

Такође, респект заслужује опредељење руског законописца да установом нужног наслеђивања обезбеди материјалну сигурност свих радно неспособних субјеката које је оставилац по основу добре воље издржавао не мање од годину дана од своје смрти, и који су заједно живели са оставиоцем. Последица такве регулативе огледа се у практичној могућности да се у улози нужног наследника у руском праву могу појавити и друга лица која је оставилац био дужан да издржава према одредбама ПКРФ и то: ванбрачни партнер оставиоца,<sup>28</sup> бивши супружник оставиоца,<sup>29</sup> жена која очекује рођење детета, или се стара о детету инвалиду,<sup>30</sup> васпитачи,<sup>31</sup> али и сва друга лица под условом да испуњавају услове нормиране чл. 1148, ст. 2 ГКРФ.

Иако је у руској правној књижевности опредељење руског законописца да у круг нужних наследника сврста сва радно неспособна лица која је оставилац издржавао на добровољној бази не мање од годину дана до своје смрти, квалификовано као „неоправдано нарушавање принципа слободне воље” (Кропчева, 2010: 332), за предмет нашег истраживања од изузетног је значаја запажање да „таква регулатива одговара трећем делу, чл. 55 Устава Руске Федерације, којим је нормирано следеће: права и слободе човека и грађанина могу бити ограничене федералним законом у тој мери у којој је неопходно то учинити ради заштите уставног устројства, равноправности, здравља, права и интереса других лица, сигурности и безбедности државе” (Золотов, 2018: 49).

### 3. Закључак

Чињенице радна неспособност и издржавање, којима је руски законописац дао одлучујући утицај на конструкцију законског, а самим тим и нужног наследног реда, говоре у прилог томе да је установа наслеђивања комплексна, те да њу прожимају два супротстављена принципа: аутономија воље, с једне стране, и обезбеђивање егзистенцијалног минимума с друге стране. Чини се да на примеру наследноправне регулативе савременог руског права социјална и морална димензија наследног права долазе до свог пуног изражаја. Овакав закључак произлази отуда што наследноправне

---

28 Када су у питању наследна права ванбрачних партнера, у руској правној књижевности наилазимо на отворено залагање да се одредбама СКРФ регулишу имовински односи између ванбрачних партнера, а да се одредбама ГКРФ регулишу њихови наследноправни односи (Шакирова, 2016: 139).

29 Чл. 90 ПКРФ.

30 Чл. 89, ст. 2, тач. 1 и тач. 2 ПКРФ.

31 Чл. 96 ПКРФ.

регуле о којима је овде било речи успешно стоје у функцији егзистенцијалног збрињавања радно неспособних и издржаваних лица након смрти њиховог издржаваоца. Ради тога, наследноправној регулативи Руске Федерације треба указати респект.

За разлику од руског законописца, српски законодавац не придаје никакав значај чињеници издржавања. Схватања смо да је на тај начин урешена социјална и морална димензија наследног права. Сходно томе, сматрамо да би српски законописац у будућности требало да узме у разматрање могућност да се и лицима која у конкретном случају нису позвана на наслеђе, а била су издржавана од стране оставиоца и трајно су неспособна за привређивање, признају одређена права из заоставштине оставиоца.

То може бити учињено прописивањем да ће лица која су трајно неспособна за привређивање, а која је оставилац издржавао не мање од годину дана до своје смрти, равноправно наслеђивати са наследницима оног наследног реда који су позвани на наслеђе, а по угледу на руску наследноправну регулативу. Друга могућност је да се у корист ове категорије субјектата стипулишу посебна права из заоставштине оставиоца, примара ради, право на издржавање или становање. На тај начин би био обезбеђен континуитет у породичноправној заштити, примера ради, мајке будућег наследника, разведеног брачног друга оставиоца или било ког другог лица које је оставилац издржавао по основу добре воље.

### **Литература/References**

Владимировна, С. В. (2016). Некоторые аспекты наследования по законодательству Российской Федерации. *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки*, № 12, стр. 170–173.

Гущин, В. В, Гуреев, А. (2017). *Наследственное право России*, Юрайт, Москва.

Золотов, А. В. (2018). Наследники, имеющие право на обязательную долю, в Российской Федерации, *Наука и образование сегодня*, № 11, стр. 49–52.

Золотов, А. В. (2018). Лица, призываемые к наследству по закону Российской Федерации, *Наука, образование и культура, Научный журнал на тему: Общественные науки в целом, Философия, История. Исторические науки, Социология, Экономика и экономические науки*, № 32, стр. 21–24.

Корнеева, Л. И. (2005). *Наследственное право Российской Федерации*, Юристъ, Москва.

Кропчева, Г. Ю. (2010). Неопходимые наследники, *Вестник Томского государственного университета*, № 332, стр. 107–110.

Максютина, В. К. (2009). Наследование по закону в соответствии с Гражданским кодексом РСФСР 1922 г, *Вестник Московского университета МВД России*, № 5, стр. 120–122.

Петров, Ю. Е. (2018). *Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации*, Логос, Москва.

Цокур, Ф. Е. (2011). Современные проблемы взаимодействия социального и индивидуального начал правового регулирования наследования по закону Российской Федерации, *Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал*, № 4, стр. 45–48.

Шакирова, А. Э. (2016). Проблемные вопросы наследования в российском законодательстве, *Таврический научный обозреватель*, № 11, стр. 136–139.

#### Одабрани правни прописи

1. Гражданский Кодекс Российской Федерации от 30. 11. 1994 N 51-ФЗ (ред. от 03. 08. 2018, с изм. от 03. 07. 2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01. 06. 2019), на интернет адреси: <https://vladrieltor.ru/gragdkodeks>. Приступ остварен дана: 6. августа 2019. године).

2. Семейный кодекс Российской Федерации от 29. 12. 1995 № 223-ФЗ (ред. от 29. 05. 2019, на интернет адреси: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_8982/ec0313c595765ab69da5881447bc64cc34c34c20/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982/ec0313c595765ab69da5881447bc64cc34c34c20/)). Приступ остварен, дана: 9. августа 2019. године.

#### Одабране судске одлуке

Апелляционное определение СК по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 23 июня 2015 г. по делу N 33-9576/2015. Одлука је доступна на интернет адреси: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/135056044/>. Приступ остварен дана: 8. августа 2019. године.

Определение Конституционного суда Российской Федерации, № 555-О, от 20. марта 2014. года. Одлука је доступна на интернет адреси: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70531558/>. Приступ остварен дана: 8. августа 2019. године.

Определение Конституционного суда Российской Федерации, № 1024-О, от 26. мая 2016. года. Одлука је доступна на интернет адреси: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-26052016-n-1024-o/>. Приступ остварен дана: 8. августа 2019. године.

Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 12. 07. 2016 N 49-КГ16-10. Одлука је доступна на интернет адреси: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-12072016-n-49-kg16-10/>. Приступ остварен дана: 23. јула 2019. године.

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 9 от 29. мая 2012, О судебной практике по делам о наследовании. Текст одлуке пленума Врховног суда Руске Федерације, бр. 9 од 29. маја 2012. године, О судској пракси у делима поводом наслеђивања, у електронском формату, доступан је на интернет адреси: <https://rg.ru/2012/06/06/nasledovanie-dok.html>. Приступ остварен дана: 23. јула 2019. године.

Решение Канашская районного суда Чувашской Республики, № 2-216/2017. Решење је доступно на интернет адреси: <https://sudact.ru/regular/doc/xOiL390n1eNs>. Приступ остварен дана: 23. јула 2019. године.

Решение Пресненского районного суда г. Москвы, № 2-6565/16. Решење је доступно на интернет адреси: <https://mos-gorsud.ru/.../e80d8bbc-32ae-4035-93a4-cce23150>. Приступ остварен дана: 6. августа 2019. године.

Решение Симоновского районного суда, № 2-2922/16. Решење је доступно на интернет адреси: <https://mos-gorsud.ru/.../ace8e318-b487-4910-a2b9-a405afd8>. Приступ остварен дана: 25. јула 2019. године.

Решение Черногорского городского суда Республики Хакасия, № 2-436/2015. Решење је доступно на интернет адреси: [docs.pravo.ru/document/view68978248/80353135/](https://docs.pravo.ru/document/view68978248/80353135/). Приступ остварен дана: 25. јула 2019. године.

**Ivana Đokić,**

*PhD student,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**ENSURING THE CONTINUITY OF FAMILY LAW PROTECTION AFTER  
THE OPENING OF SUCCESSION ESTATE IN RUSSIAN LAW**

**Summary**

*In modern Russian succession law, factual grounds (incapacity for work, maintenance and community of life with the testator, etc.) have a decisive influence on the construction of the legal and necessary hereditary order. Thus, the Russian legislator protected incapable persons who were, after the death of the provider, supported by the testator during his lifetime. By enacting such inheritance regulations, the legislator has remained faithful to the Russian legal tradition and the idea of subsistence (which is the basis of legal inheritance in Russian law), and successfully ensured the continuity of family law protection for incapacitated individuals.*

*This paper focuses on the inheritance mechanism aimed at ensuring the continuity of family law protection to persons who are incapable to work, and who were supported by the testator during his/her lifetime. In light of current inheritance legislation of the Russian Federation and the views presented in the Russian legal literature and jurisprudence, the author points out that the continuity of family law protection of incapacitated persons who were supported by the testator may be effectively ensured through the institute of universal succession.*

**Keywords:** *inheritance, incapacity to work, subsistence, community of life.*

**Ирена Радић,\***  
Асистент,  
Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци,  
Република Српска, БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-27406

UDK: 347.72/.73  
336.2

Раđ примљен: 06.07.2020.  
Раđ прихваћен: 14.08.2020.

## **ФЕНИКС СЕ ПОНОВО РАЂА**

**Апстракт:** Раздвојеност имовине привредног друштва од имовине његових чланова и ограничена одговорност чланова за обавезе друштва представљају фундаменталне принципе компанијског права. Принцип ограничене одговорности значи стварање „правног вела“ између друштва капитала и његових чланова. Правни вео, са једне стране, штити чланове од одговорности према повјериоцима друштва, омогућавајући им да потенцијалне губитке ограниче на износ улога у друштво, а ризик пословања пребаце на повјериоце. Са друге стране, правни вео привредног друштва ствара подстицај члановима да улазе у ризичне пословне подухвате, јер знају да ће цех евентуалног неуспјеха платити повјериоци, што отвара питање моралног хазарда. Штавише, правни вео отвара врата бројним злоупотребама, а једна је нарочито привукла нашу пажњу, те ће управо бити предмет овог рада. Ријеч је о феникс компанијама, феномену који истовремено може представљати злоупотребу ограничене одговорности и изигравање циљева стечаја, ради избегавања плаћања обавеза према повјериоцима, али исто тако може представљати законит и легитиман начин за очување пословања финансијски посрнулог друштва. Овај појам обично описује ситуацију у којој се ново привредно друштво рађа из пепела друштва претходника које је постало неспособно да измирује обавезе према повјериоцима, преузимајући његову имовину, настављајући његову дјелатност, најчешће под истим или сличним пословним именом, са истим лицима која (*de iure* или *de facto*) управљају друштвом.

У овом раду ћемо ближе одредити појам феникс компанија и представити кључне индикаторе за њихово препознавање. Поред тога, указаћемо на појавне облике феникс активности, с циљем

---

\* irena.radic@pf.unibl.org

*разграничавања између законитог и легитимног, законитог али нелегитимног (тј. проблематичног) и незаконитог „рађања нове компаније из пепела старе“.*

**Кључне ријечи:** *феникс компаније, ограничена одговорност, злоупотреба ограничене одговорности, злоупотреба стечаја, избегавање плаћања пореза.*

## 1. Увод

Када се привредно друштво нађе у финансијским тешкоћама, оно може покушати да превазиђе кризу на више начина. Прије свега, може предузимати различите мјере у циљу оздрављења, попут статусних промјена, продаје дијела имовине, затварања непрофитабилних погона, отпуштања вишка радника, неформалних преговора са кључним повјериоцима ради редефинисања дужничко–повјерилачких односа и сл. Друга опција је покретање формалног поступка реструктурирања, такође ради редефинисања дужничко – повјерилачких односа, с циљем избегавања наступања стечајног разлога и наставка обављања дјелатности. Уколико у томе не успије, или су финансијски проблеми у којима се друштво нашло тако велики да је постало платежно неспособно, над друштвом се отвара стечајни поступак.

Спровођење стечајног поступка треба да омогући остваривање највеће могуће вриједности имовине стечајног дужника и највећи могући степен намирења повјерилаца.<sup>1</sup> У пракси се, међутим, стечајни повјериоци намирују у веома малом проценту, а велики број стечајних поступака се закључује због недостатка/недовољности стечајне масе, када стечајни повјериоци остају ненамиреени у цјелости. Према Извјештају Главне службе за ревизију јавног сектора у Републици Српској, више од половине стечајних поступака се закључи због недостатка или недовољности стечајне масе, тј. без подјеле средстава повјериоцима. У Извјештају се наводи да повјериоци у стечајним поступцима нису наплатили више од 4/5 својих потраживања.<sup>2</sup> У Србији стопа намирења неприоритетних стечајних повјерилаца износи 9,1%, док се приоритетни повјериоци првог и другог реда намирују у већем проценту – 65% и 43,9% респективно (Спариосу, 2016: 233). Према

---

1 Закон о стечају, *Службени гласник Републике Српске бр. 16/2016*, у даљем тексту – ЗОС, чл. 11.

2 [http://www.gsr-rs.org/static/uploads/report\\_attachments/imported/RU002-11.pdf](http://www.gsr-rs.org/static/uploads/report_attachments/imported/RU002-11.pdf)



Извјештају Државне ревизорске институције Црне Горе, ситуација са наплатом потраживања у стечају је једнако лоша.<sup>3</sup>

Чињеница да су бројни стечајни поступци у којима је стечајни дужник само „празна љуштура“ без имовине која би служила за намирење повјерилаца, посљедица је различитих фактора. Један је свакако што се стечајни поступци не покрећу на вријеме или се уопште не покрећу, те постоји велики број „успаваних“ привредних друштава која не послују, немају имовину, нити запослене. Наиме, благовременост покретања стечајног поступка је један од основних услова за успјешно остваривање циљева стечајног поступка, јер се тиме спречава даље расипање имовине и ономогућава наплата потраживања индивидуалних повјерилаца, што ствара предуслове за веће процентуално намирење свих повјерилаца<sup>4</sup> (Радовић, 2018а: 407). Међутим, далеко важнији фактор јесте генерална интенција сваког дужника да отуђи или у корист повезаних лица располаже вреднијом имовином прије сопствене пропасти, која је нарочито интензивна прије отварања стечаја, односно када дужник постаје свјестан да је отварање стечајног поступка извјесност у блиској будућности (Живковић, 2016: 262). Уколико се имовина преноси по тржишној вриједности и без намјере да се изиграју повјериоци (нпр., продају се вредније некретнине, како би се побољшала ликвидност), такво понашање представља законит и легитиман начин очувања пословања. Насупрот томе, уколико одговорна лица у предузећу у намјери да избјегну плаћање обавеза, проузрокују стечај привидним или стварним умањењем имовине предузећа, на начин да имовину привидно или испод тржишне вриједности продају, прикрију, бесплатно уступе

3 “Укупна потраживања ПУЦГ код пореских обвезника код којих је завршен стечајни поступак, а који су обухваћени узорком, износила су 797.021,35€, од чега је наплаћено 0%. Анализом узоркованих предмета у којим је стечајни поступак завршен, ревизијом је утврђено да је ПУ уредно предала Привредном суду пријаву потраживања, и да су иста призната од стране стечајног управника. Међутим, потраживања ПУЦГ због недостатка стечајне масе нијесу могла бити измирена.” <http://www.dri.co.me/1/doc/Izvj%20e%20reviziji%20uspjeha%20Efikasnost%20sistema%20naplate%20poreskog%20duga%20poreskih%20obveznika%20u%20ste%20C4%8Daju%20i%20likvidaciji.pdf>, str. 46.

4 Из наведених разлога, 2016. године законодавац у Републици Српској прихвата концепт обавезности покретања стечајног поступка. Наиме, орган овлашћен за заступање стечајног дужника је дужан да у року од 60 дана од дана наступања платежне неспособности поднесе приједлог за отварање стечајног поступка, а за неизвршење ове обавезе предвиђена је прекршајноправна санкција, односно новчана казна од 10.000 до 20.000 КМ. Вид. чл.53, ст. 6 ЗОС. Наведени концепт је усвојен у великом броју држава: Аустрија, Белгија, Бугарска, Грчка, Естонија, Летонија, Литванија, Словенија, Словачка, Хрватска, Чешка, Шпанија, Норвешка, Португал, Пољска, Румунија, Луксембург, Њемачка. Вид: Радовић, 2018а: 407.

трећем лицу или униште, закључе фиктивне уговоре о дугу или признају непостојећа потраживања и сл., та ће лица бити одговорна за кривично дјело проузроковање лажног стечаја.<sup>5</sup> Између ове двије крајности (законитог и легитимног очувања пословања и понашања које повлачи кривичну одговорност) постоји и велики број проблематичних случајева у којима ће власници настојати да „извуку“ имовину из привредног друштва на „сигурније“ мјесто, изван домашаја повјерилаца, обично користећи одређене правне празнине или неефикасну примјену прописа.

Уколико се имовина привредног друштва коме пријети наступање стечајног разлога преноси на друго привредно друштво које (*de facto* или *de iure*) контролишу иста лица и које наставља обављање исте дјелатности, под истим или сличним пословним именом, док обавезе остају на старом привредном друштву, говоримо о феномену тзв. феникс компанија. Сликвито речено, феникс компанија представља нову компанију која се „диже из пепела“ старе компаније која се нашла у финансијским тешкоћама, као што се феникс птица из египатске митологије поново рађа, дижући се из сопственог пепела. Феникс компаније могу представљати законит и легитиман начин очувања пословања финансијски посрнулог привредног друштва, али исто тако могу представљати злоупотребу ограничене одговорности и изигравање циљева стечаја, са сврхом избјегавања плаћања обавеза према повјериоцима, нарочито пореских обавеза и обавеза према запосленим.

Предмет наше анализе ће бити управо описани феномен феникс компанија, те ћемо одредити појам и карактеристике феникс компаније, а потом указати на његове појавне облике, са циљем разграничавања законитог и легитимног, законитог али нелегитимног (тј. проблематичног) и незаконитог „рађања новог привредног друштва из пепела старог“. С обзиром на то да је феномен феникс компанија могућ захваљујући начелу ограничене одговорности у друштвима капитала, у сљедећем поглављу ћемо указати на то шта подразумијева ограничена одговорност и које су њене предности и недостаци. Нарочиту пажњу ћемо посветити питању оправданости овог принципа код једночланих друштава капитала, у којима је једини члан друштва истовремено и директор, те у групама привредних друштава, код којих се најчешће јавља феникс активност (Roach, 2010: 95).

---

5 Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске*бр. 64/2017, 104/2018 – УС, чл. 252.

## 2. Принцип ограничене одговорности

У домаћем праву, као и упоредним законима романске правне традиције, свим формама привредних друштава се признаје правни субјективитет.<sup>6</sup> То значи да од момента регистрације, друштво има сопствени идентитет, манифестован кроз самостално пословно име, сједиште, дјелатност, пословни рачун, матични број, порески број, царински број, припадност и сл., да самостално преузима права и обавезе у правном промету, има сопствену имовину којом одговара за преузете обавезе, субјекат је имовинске, кривичне и прекршајне одговорности итд. Најважнија дејства правног субјективитета су правна самосталност привредног друштва у односу на његове чланове (ортаке, комплементарне, чланове или акционаре) и раздвојеност имовине друштва од имовине његових чланова. Ова раздвојеност значи да, са једне стране, за наплату из имовине друштва могу конкурисати само повјериоци друштва, а не и лични повјериоци чланова, који могу захтијевати само дио из годишње добити који се расподјељује члановима или из нето активе по престанку друштва, као и извршење на њиховим акцијама или удјелима у друштву (Васиљевић, 2012: 65); са друге стране, то значи да повјериоци привредног друштва нису и повјериоци чланова, те потраживања према друштву могу наплаћивати само из имовине привредног друштва, али не и из имовине његових чланова. Ипак, овдје треба имати на уму разлику између друштава капитала и друштава лица, јер код потоњих постоји неограничена солидарна одговорност чланова за обавезе друштва. Насупрот томе, код друштава капитала, чланови не одговарају за обавезе друштва својом личном имовином, већ само сносе ризик губитка онога што су уложили (односно, што су се обавезали да уложе) у друштво. Дакле, концепт ограничене одговорности се примјењује код друштава капитала, а манифестује се у виду стварања “зида” или “правног вела” привредног друштва за његове чланове у односу на повјериоце друштва.

Оправданост концепта ограничене одговорности брани се различитим аргументима, од којих износимо најважније:

1) Ограничена одговорност омогућава прикупљање значајног капитала од великог броја малих инвеститора. Људи не би улагали своје лично богатство у привредна друштва када би знали да наспрам могућности за

---

6 Насупрот томе, германски правни систем познаје категорију “друштва – институције”, којима признаје правни субјективитет, и друштва-уговоре (јавно трговачко и командитно друштво, њем. *offene handelsgesellschaft, stille Gesellschaft, Kommandithesellschaft*), којима не признаје правни субјективитет. Такође, у англо-америчком систему, *company (corporation)* има правни субјективитет, док су разне врсте *partnership*-а друштва без правног субјективитета, Вид. Васиљевић, 2012: 64.

остваривањем дивиденде стоји ризик да изгубе цјелокупну своју имовину. Стога, ограничена одговорност подстиче инвестиције и тиме привредни раст.

2) Ограничена одговорност омогућава члановима да ограниче ризик кроз диверзификацију портфолија, односно да улажу мање износе у већи број различитих привредних друштава, уз остваривање мање добити од тих инвестиција, али истовремено и уз мањи ризик да ће изгубити уложено. То доводи до смањења трошкова капитала.

3) Ограничена одговорност смањује потребу за мониторингом управе од стране чланова, а трошкови тог мониторинга би били несразмјерно високи у односу на очекивану добит.

4) Ограничена одговорност смањује потребу за мониторингом осталих чланова друштва. Заправо, једног члана најчешће није ни брига ко су остали акционари. Насупрот томе, уколико би постојала неограничена (солидарна) одговорност, чланови би морали водити рачуна ко су остали чланови и колика је њихова имовина.

5) Ограничена одговорност олакшава пренос удјела у друштву. Ако би одговорност била неограничена, заштита интереса повјерилаца би захтијевала или да се забрани пренос удјела на лице које нема имовине (или има значајно мању имовину од преносиоца) или би се морала успоставити солидарна одговорност преносиоца за обавезе друштва и након преноса (*Millon, 2007: 1312–1317*).

Суштина наведених аргумената је првенствено економска – ограничена одговорност подстиче инвестирање и привредни раст. Ризик улагања се смањује до висине улога у друштво, што омогућава оснивачима и каснијим члановима да уложе више новца уз мање бојазни да ће им лична имовина бити угрожена (М. Радовић, 2018: 27). Међутим, стварање „правног вела“ привредног друштва доводи до преласка ризика пословања друштва са чланова на повјериоце, нарочито оне невољне (јер се уговорни повјериоци могу унапријед, на различите начине, обезбиједити). На тај начин, ограничење ризика јача корпоративну неодговорност и ствара плодно тло за бројне злоупотребе у циљу остваривања личних интереса појединих чланова, а науштрб интереса повјерилаца друштва. Повјериоци могу бити изиграни, односно онемогућени да своја потраживања наплате из имовине привредног друштва, што потенцијално доприноси стварању тзв. моралног хазарда, односно доводи до дилеме да ли је становиште о концепту ограничене одговорности као доминантном уопште морално прихватљиво (*Ibid, 28*).

Питање оправданости концепта ограничене одговорности нарочито је актуелно код друштава која не прикупљају капитал јавним путем, односно затворених друштава капитала (енгл. *close corporations*) која редовно имају мали број међусобно повезаних чланова (често се ради о породичним друштвима) који су укључени у управљање друштвом и непосредно одлучују о пословању друштва или на њега одлучујуће утичу (Јевремовић Петровић, 2014: 365). С обзиром на то да у овом случају не постоји раздвојеност управљања и власништва (тзв. први агенцијски проблем), не стоји аргумент да ограничена одговорност смањује трошкове надзора власника над управом, јер за таквим надзором нема потребе. Поред тога, не стоји ни аргумент да ограничена одговорност смањује трошкове надзора над осталим члановима, јер постоји само један члан или неколико блиско повезаних чланова. Код ових привредних друштава оснивачки акти обично предвиђају ограничења у преносу удјела како би се очувала постојећа структура власништва, односно како у друштво не би могла ући неподобна трећа лица, због чега губи на снази и аргумент да ограничена одговорност олакшава пренос удјела у друштву (*Easterbrook, Fischel*, 1985: 112). Слична је ситуација и код друштава која имају контролног члана или акционара јер је и то лице по правилу више укључено у управљање, има другачији однос према ризику који друштво преузима, док утицај правила о одговорности на њега може да има другачије ефекте (Јевремовић Петровић, 2014: 365).

Када су чланови друштва друга привредна друштва, тј. у односима матичног и зависног друштва, аргументација у корист ограничене одговорности је још слабија. Штавише, сматра се да је примјена принципа ограничене одговорности на групе привредних друштава последица „историјске грешке“ (*Blumberg*, 1985: 605), јер је циљ правила о ограниченој одговорности био да заштити акционаре (физичка лица) као инвеститоре од одговорности за дугове које направи привредно друштво. Међутим, како истиче Бламберг (*Philip Blumberg*), примјена принципа ограничене одговорности на матично друштво није била неопходна како би се постигао овај резултат – акционари матичног друштва су већ били заштићени правилом ограничене одговорности, те је ограничавање одговорности матичног друштва за обавезе зависног створило „други слој заштите“ акционара“ (*Ibid*, 607). Аутор закључује да је примјена овог принципа на групе учињена аутоматски и без размишљања да је однос матичног и зависног друштва значајно другачији од односа појединачног акционара – инвеститора и друштва (*Ibid*, 608). У групама постоји очигледан несклад између правне самосталности и економског јединства, а нарочито заједничко управљање повећава ризик да свако друштво неће бити

независно и самостално (Јевремовић Петровић, 2014: 368), што посебно долази до изражаја код потпуно зависних друштава. Све ово говори да је примјена принципа ограничене одговорности у групама створила веће могућности за злоупотребе, као и подстицај матичном друштву да приликом управљања зависним друштвима предузима веће ризике, јер евентуална реализација ризика често нема никакве посљедице по матично друштво. Напротив, трошкове пословног ризика носе појединци – жртве различитих ризичних активности (*Ibid*). Велике штете које зависна друштва проузрокују појединцима, друштву уопште или запосленима (нпр. еколошке катастрофе, нарушавање здравља због рада са штетним материјалима и сл.) усљед обављања различитих ризичних активности доводе у питање оправданост и правичност примјене тог принципа (*Ibid*, 369).

Посљедњих година су случајеви злоупотребе корпоративне форме, односно концепта ограничене одговорности дошли у фокус свјетске јавности (нпр. Панама папири, употреба тзв. *letterbox* компанија, скандали који су показали укљученост европских банака у операције прања новца итд.). Нама је пажњу привукао феномен феникс компанија, који се јавља управо код затворених друштава капитала са малим бројем чланова или у оквиру групе привредних друштава (нарочито код потпуно зависних друштава унутар групе) код којих је концепт ограничене одговорности претрпио највише критике и преиспитивања. Овим феноменом се посљедњих година интензивно баве Влада Аустралије<sup>7</sup> и Влада Уједињеног Краљевства.<sup>8</sup> Према нашем увјерењу, феникс аранжмани су у значајном обиму присутни у свим државама региона, што је, првенствено, посљедица неповољног пословног окружења, са високим пореским оптерећењем (нарочито високим порезима на рад); значајним обимом сиве економије и селективном примјеном пореских прописа; неефикасном наплатом пореза; неефикасним, спорим и непредвидим правосуђем; тешком наплатом потраживања и дуготрајним извршним поступцима; стечајем који је фокусиран на банкротство кроз које се имовина предузећа распродаје редовно испод тржишне вриједности и сл., што свеукупно рађа подстицај да се „здро ткиво“ предузећа склони

7 <https://www.ato.gov.au/General/The-fight-against-tax-crime/Our-focus/Illegal-phoenix-activity/> Према процјенама, феникс активност кошта Аустралију између једне и три милијарде аустралијских долара годишње. Вид. Fair Work Ombudsman, PwC, *Phoenix activity report – Sizing the problem and matching solutions*, 2012. <https://www.fairwork.gov.au/ArticleDocuments/763/Phoenix-activity-report-sizing-the-problem-and-matching-solutions.pdf.aspx>

8 <https://www.mjbushell.co.uk/new-rules-to-crack-down-on-phoenix-companies-confirmed-for-april-2020/>, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/754293/Tax\\_abuse\\_and\\_insolvency\\_discussion\\_summary\\_of\\_responses.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/754293/Tax_abuse_and_insolvency_discussion_summary_of_responses.pdf)

изван домашаја повјерилаца, нарочито пореских власти, на друго, повезано привредно друштво, неоптерећено дуговима, кроз које ће се наставити иста дјелатност.<sup>9</sup>

У наредном поглављу ћемо ближе описати феномен феникс компанија и указати на његове карактеристике. Видјећемо да је ријеч о појави коју је немогуће прецизно дефинисати, јер обухвата широк спектар активности које могу бити законите и прихватљиве, законите али неприхватљиве (тзв. проблематична феникс активност) или незаконите. Стога би прецизна дефиниција феникс компанија са јасно одређеним спољашњим границама само подстакла тзв. „креативно усклађивање“, односно отворила простор за нове, креативне феникс аранжмане који ће бити у складу са словом закона, али којима ће се постићи исти циљ – избјегавање плаћање обавеза према повјериоцима. Стога ћемо умјесто дефиниције понудити индикаторе за препознавање феникс активности, уз напомену да не морају сви индикатори бити присутни у сваком феникс аранжману.

### 3. Појам и карактеристике феникс компанија

„Феникс компанија“, „феникс аранжман“ или „феникс активност“ (енгл. *phoenix company, phoenix activity, phoenixism, phoenixing*) су термини који се користе како би се описала ситуација у којој једно привредно друштво са ограниченом одговорношћу чланова долази у стање економско –

---

<sup>9</sup> Према истраживању извршеном у Привредном суду у Крагујевцу, од укупно 500 анализираних поступака спроведених по правилима тзв. аутоматског стечаја, 462 привредна друштва у стечају, односно 92,4% су била регистрована у форми друштва са ограниченом одговорношћу, са уписаним минималним основним капиталом. Од тог броја је око 88,5% било регистровано у форми једночланог друштва. У већини случајева је степен презадужености био драстично изражен у односу на висину минималног основног капитала. Просјечно, у односу на све анализиране поступке, степен презадужености је био и више од 200 пута већи у односу на просјечну висину основног капитала. Наведено према: М. Радовић, 2018: 146. Ово указује да знатан број привредних друштава и није основан ради обављања дјелатности, него зарад остваривања одређених незаконитих намјера, попут изигравања повјерилаца, што указује на могућу феникс активност. Да је феномен феникс компанија присутан у државама региона можемо закључити и на основу једноставне претраге интернет портала, на којима чланци са садржајем попут овог нису изузетак: „Власник предузећа који је нагомилао дугове, оставља државу без плаћеног пореза, раднике без плата и без плаћених доприноса, а добављачи такође остају без новца. Прије ликвидације фирме, власник преноси остатак имовине, уколико је има, на ново предузеће које оснива на своје име или име блиског члана породице, те наставља даље да послује...У пракси је било случајева да су исти власници и до шест фирми довели до стечаја, оставили дугове према држави и запосленима, а затим отварају нове фирме. Види: <https://www.slobodnaevropa.org/a/stecaj-zloupotreba-crna-gora-milioni/29510788.html>

финансијске неспособности (даље у тексту: старо привредно друштво), његова имовина се преноси на ново привредно друштво (Феникс компанију), које наставља пословање старог друштва, обично под истим или сличним пословним именом, којим управљају (*de iure* или *de facto*) иста лица која су управљала и старим друштвом. Старо привредно друштво остаје само „празна љуштура“ са неплаћеним дуговима према повјериоцима, запосленима и држави, те се над њим отвара стечај или остаје „успавано“ уколико нико нема интерес да покрене стечајни поступак, усљед процијењене недовољности имовине.

У начелу, није незаконито да лице које је било члан или директор привредног друштва над којим је отворен стечај оснује ново привредно друштво које ће обављати исту дјелатност коју је обављало и старо привредно друштво. Није незаконито ни да ново привредно друштво стекне имовину или дио имовине (која је неопходна за наставак обављања дјелатности) старог привредног друштва, било прије отварања стечаја над старим привредним друштвом или куповином дијелова имовине у стечају (или чак куповином стечајног дужника као правног лица). Ипак, уколико се имовна преноси на ново привредно друштво знатно испод тржишне вриједности, уколико се друштво намјерно доводи у стање инсолвентности како би се избјегло плаћање обавеза према повјериоцима (укључујући запослене и државу), уколико директори крше дужности према друштву и сл., тада говоримо о понашању које је незаконито. Стога, можемо закључити да феномен који описујемо као „Феникс компанија“ може бити законит начин наставка пословања или незаконито понашање којим се оштећују повјериоци.

Феникс аранжмани се јављају у два облика: основни облик који подразумијева сукцесивно оснивање нових привредних друштава од стране лица која су били чланови или су управљали претходним привредним друштвом (или од стране са њима повезаних лица) и тзв. софистицирани облик који подразумијева коришћење једног привредног друштва унутар групе, које је поткапитализовано и нема имовину, на које се „гомилају“ обавезе према повјериоцима, запосленима и пореским органима (*Anderson, Ramsay, O'Connel, Welsh, Withers, 2015: 1–2*).

Већ смо рекли да се Феникс активност јавља искључиво код друштава у којима чланови не одговарају за обавезе друштва (друштвима капитала). Наше је увјерење да се основни облик Феникс активности одвија најчешће у друштвима са ограниченом одговорношћу, при чему је старо привредно друштво једночлано друштво у коме је једини члан истовремено и директор друштва (енгл. *single member – single director company*) или се ради о привредним друштвима са малим бројем чланова који су међусобно



блиско повезани (породичним или пријатељским везама, заједничким финансијским интересима и сл.), а код којих је такође један од чланова истовремено и директор друштва. Дакле, ријеч је о друштвима код којих у економском смислу не постоји јасно разграничење својине над друштвом од својине друштва (Радовић, 2010: 30).

Најважнија карактеристика феникс активности јесте да лица која су имала контролу над старим привредним друштвом имају контролни утицај над управљањем и вођењем послова у феникс компанији. Међутим, на питање да ли иста лица имају контролу и над старим и над новим друштвом, неће увијек бити једноставно дати одговор. Као што су још Берле и Минс (*Adolf Berle, Gardiner Means*) истакли „контрола је неухватљив концепт, јер моћ често не може строго да се издвоји или јасно одреди“ (*Berle, Means, 1991: 82*). Најједноставнија ситуација, код основног облика феникс активности, јесте када ново друштво оснивају иста лица која су била оснивачи – чланови старог привредног друштва. Поред тога, ново привредно друштво могу основати физичка лица повезана са члановима старог привредног друштва: супружници, дјеца, родитељи, браћа и сестре, блиски пријатељи и сл. Могуће је и да се директор старог друштва (уколико то није био нико од чланова друштва), јави као оснивач новог привредног друштва. У сваком случају, власници старог привредног друштва настављају да *de facto* контролишу ново друштво преко ових лица (остају тзв. директори у сјенци<sup>10</sup>). Поред тога, могуће је да оснивачи – чланови или са њима повезана лица оснују друго привредно друштво преко кога ће основати феникс компанију, или то могу учинити преко неког већ постојећег друштва које је под њиховом контролом. Код софистициране феникс активности, матично друштво користи зависно друштво унутар групе – које контролише директно, или индиректно, преко других повезаних друштава – да на њега гомила дугове према запосленима, пореским органима и другим повјериоцима, којих ће се „ослободити“ кроз стечај овог друштва. Зависно друштво је уобичајено поткапитализовано и нема значајнију имовину или се она „извлачи“ на друга друштва унутар групе прије отварања стечајног поступка, али запошљава раднике који фактички обављају рад у другим повезаним друштвима.

10 Скривени директори (енгл. *shadow directors*) нису лица која формално заузимају одређену позицију у компанији, која није увијек чланство у борду директора (управни или извршни одбор), јер ова лица имају самим тим одговарајуће дужности и одговорности, без обзира на то како се називају: директор, менаџер, члан борда, *officers, trustees*, итд. Уобичајено је да се у судској и пословној пракси сматра да се на тој позицији налази лице које директно или преко неког другог лица врши континуирано један утицај и то самостално на управљање одређеним друштвом, било да то чини под окриљем или умјесто његових легалних заступника. Вид. Васиљевић, 2013: 202.

С обзиром на све наведено, јасно је да би приликом утврђивања да ли су старо привредно друштво и феникс компанија под контролом истих лица, сам појам контроле требало схватити на најшири начин – тако да обухвати директну и индиректну, правну и фактичку контролу. Овдје би могла послужити дефиниција повезаних лица, коју Закон о порезу на добит усваја за потребе правила о трансферним цијенама, према којој је једно лице повезано са другим када оно, непосредно или посредно, учествује у управљању, контроли или капиталу другог лица или када исто лице/лица учествују непосредно или посредно у управљању, контроли или капиталу оба лица. При томе је потребно да то лице/а посједују најмање 25% акција/удјела у другом правном лицу или да имају фактичку могућност контроле пословних одлука другог лица. Сматра се да лице има фактичку могућност контроле над пословним одлукама другог лица када: има или контролише 25% или више гласачких права у другом правном лицу; има контролу над састављањем одбора директора другог правног лица; има право на учешће у добити другог лица од 25% или више; је члан породице или повезано лице са чланом породице или *на други начин има фактичку контролу над пословним одлукама другог лица*.<sup>11</sup> У том смислу, уколико би старо привредно друштво и феникс компанија испуњавали наведене услове, могло би се сматрати да су под контролом истих лица.

Још једна карактеристика феникс компаније јесте да се она оснива под истим или сличним пословним именом као и старо друштво, како би се сачувала репутација старог привредног друштва (енгл. *goodwill*) и привид континуитета у пословању. С обзиром на то да Закон о регистрацији пословних субјеката забрањује упис два пословна субјекта под истим или сличним називом као елементом пословног имена,<sup>12</sup> пословно име старог привредног друштва се може измијенити непосредно прије оснивања новог привредног друштва, чиме се избјегава ово ограничење. Друга могућност је пренос пословног имена са „старог“ на ново привредно друштво. Услов је да се на ново друштво преноси најмање 30% књиговодствене вриједности имовине исказане у посљедњем годишњем билансу стања, али с обзиром на то да се имовина редовно преноси на ново привредно друштво, тај услов неће бити тешко испунити.<sup>13</sup> Нека законодавства (нпр. Нови Зеланд и Уједињено Краљевство) се супротстављају феникс

11 Закон о порезу на добит, *Службени гласник Републике Српске* бр. 94/15, 1/17, 58/19, чл.31.

12 Закон о регистрацији пословних субјеката, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/2013, 15/2016, 84/2019, чл. 12.

13 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр.127/2008, 58/2009, 67/2013, 100/2017, 82/2019, у даљем тексту: ЗОПД, чл. 24.

активностима одредбама које се заснивају управо на овој карактеристици феникс компанија, с циљем да се спријечи искоришћавање *goodwill*-а старе, инсолвентне компаније (Hannigan, 2012: 659). Тако, енглески Стечајни закон<sup>14</sup> лицу које је у посљедњих 12 мјесеци прије отварања поступка стечаја над компанијом било директор и скривени директор компаније забрањује да у наредних пет година управља другом компанијом са „забрањеним именом“ или да обавља дјелатност под „забрањеним именом“ у некој другој форми (осим компаније). Под забрањеним пословним именом се сматра име под којим је компанија била позната у периоду од 12 мјесеци прије отварања поступка стечаја или именом које је тако слично да указује на повезаност са старом компанијом. За кршење овог правила предвиђене су кривичноправне санкције – новчана казна и/или казна затвора. Поред тога, енглески Стечајни закон предвиђа личну и неограничену одговорност лица које прекрши наведено правило за све дугове које (нова) компанија стекне за вријеме док је ово лице управљало компанијом.<sup>15</sup> Ипак, проблем са овим институтом је што има потенцијал да спријечи легитимну феникс активност, код које је пожељно да се искористи преостали *goodwill* старог привредног друштва, док је отворено питање његове ефикасности у спречавању незаконите и проблематичне феникс активности.

Феникс активност по правилу укључује пренос имовине са старог привредног друштва на феникс компанију. Уколико се овај пренос обавља по цијенама знатно испод тржишних, то је јасан индикатор незаконите феникс активности. Ипак, незаконита феникс активност се може реализовати и без преноса имовине. Могуће је да је природа дјелатности у којој се одвија феникс активност таква да привредно друштво не мора имати просторије и опрему за њено обављање (нпр. професионалне услуге попут финансијског савјетовања и сл.). Поред тога, могуће је да једно друштво унутар групе нема просторије и опрему које су му иначе потребне за обављање дјелатности, па их узима у закуп, односно на лизинг од других друштава унутар исте групе.

Жртве феникс активности су необезбијеђени повјериоци, али су неки од њих нарочито рањиви на феникс активност. На првом мјесту је држава за потраживања по основу јавних прихода, која редовно остају неизмирена у „успјешним“ феникс аранжманима.<sup>16</sup> Наиме, држава је у односу на потраживања по основу јавних прихода невољни повјерилац, јер не може

14 *The Insolvency Act 1986 (UK IA)*, s216.

15 *UK IA*, s. 217.

16 У Великој Британији се феникс активност третира управо као избегавање плаћања пореза, односно пореска евазија злоупотребом стечаја. Види: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8802/>

бирати са ким ће „пословати“ (за разлику од осталих повјерилаца, који имају ту могућност) и није свјесно пристала на ризик инсолвентности дужника (*McCormack, Keay, Brown, 2017: 121*). Поред тога, порески органи не могу ефективно надzirати пословање свих пореских обвезника и процијенити ризик наступања инсолвентности (*Ibid.*). За разлику од државе, запослени су тзв. вољни повјериоци (вољно и свјесно ступају у правни однос са дужником), али се по особеностима свог положаја све више приближавају невољним повјериоцима (нпр. жртвама из деликта) (Вишекруна, 2016: 78). Они не могу да диверзификују своје активности, тј. да закључују уговоре о раду са више лица, што значи да не могу да умање ризик солвентности послодавца нити да се на други начин ефикасно обезбиједи (Радовић, 2018а: 177). Асиметрија информација и недовољан степен преговарачке моћи спречава их да се ефикасно заштите од евентуалних ризика пропасти компаније, па иако закључују уговор они не могу да искористе сва средства *ex ante* заштите која су иначе доступна повјериоцима (Вишекруна, 2018: 78). Услјед феникс активности запослени не само да губе запослење, као основни извор прихода, већ остају ускраћени за потраживања која су стекли по основу радног односа, чиме је угрожена њихова егзистенција. Ово је нарочито случај у државама у којима се потраживања запослених у стечају штите само тзв. системом привилегија (односно установљавањем привилегованих потраживања запослених која се приоритетно измирују у стечајном поступку), јер послодавац – старо привредно друштво над којим је отворен стечајни поступак, редовно нема никакву имовину која би могла служити за намирење повјерилаца, чак ни привилегованих.<sup>17</sup> Посљедице по запослене су нешто мање у државама које потраживања запослених штите путем гарантне институције, међутим на овај начин се терет феникс активности само пребацује са појединих запослених на државу (односно пореске обвезнике), нарочито у системима у којима се гарантне институције финансирају из буџета, као што је то случај са Републиком Србијом.<sup>18</sup> С обзиром на рањивост ових категорија повјерилаца, заштита њихових потраживања би требало да има посебан третман приликом евентуалног регулисања феникс активности (*Anderson, 2017: 126*).

17 Концепт заштите запослених искључиво путем привилегија усвојен је у стечајном законодавству Републике Српске, те су потраживања запослених стечајног дужника из радног односа за посљедњих 12 мјесеци до дана отварања стечајног поступка, у висини најниже плате и обрачунатих доприноса на најнижу плату, сврстани у виши исплатни ред, и намирују се одмах по намирењу трошкова стечајног поступка, дугова стечајне масе и потраживања која потичу из времена привремене управе, а која нису могли намирити ни привремени стечајни управник ни стечајни управник. Вид. ЗОС, чл. 87.

18 Вид. Закон о раду, *Службени гласник Републике Србије* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 12/2017 – одлука Уставног суда и 113/2017 (ЗОР Србије), чл. 128 и 137.

Све наведено указује на разноврсност феникс активности, због чега је немогуће дати прецизну дефиницију овог појма. Умјесто дефиниције, утврдићемо одређене индикаторе феникс активности, при чему је важно имати на уму да не морају сви индикатори бити присутни у свим случајевима феникс активности:

- 1) привредно друштво (по форми најчешће друштво са ограниченом одговорношћу или, евентуално, затворено акционарско друштво) престаје да постоји кроз поступак стечаја или постаје неактивно (тзв. „успавана“ привредна друштва) – зовемо га „старо привредно друштво“.
- 2) највећи дио неизмирених обавеза старог привредног друштва односи се на потраживања јавних прихода и потраживања запослених;
- 3) у стечајном поступку се утврђује недостатак или недовољност стечајне масе;
- 4) лица која су имала контролу над старим привредним друштвом, настављају обављање исте дјелатности преко новог привредног друштва – феникс компаније;
- 5) лица која су имала контролни утицај на управљање и вођење послова у старом привредном друштву имају (*de facto* или *de iure*) контролу над феникс компанијом;
- 6) имовина (или дио имовине неопходан за наставак пословања) старог привредног друштва је пренесена на феникс компанију;
- 7) феникс компанија обавља исту дјелатност као и старо привредно друштво;
- 8) феникс компанија има исто или слично пословно име као старо друштво.

Наведени индикатори служе за детекцију феникс активности, али на основу њих не можемо утврдити да ли се ради о законитој и прихватљивој, проблематичној или незаконитој феникс активности. Стога ћемо у сљедећем поглављу одредити врсте феникс компанија, како бисмо указали на најважније разлике између ових појавних облика.

#### **4. Врсте феникс компанија**

Постоји најмање пет врста феникс аранжмана, од којих је један законит и легитиман, три су незаконита, а један је „проблематичан“, тј. налази се у сивој зони (*Anderson et al*, 2015: 1-2). Свих пет врста феникс активности може да се јави било у основном облику или у софистицираном облику феникс аранжмана.

#### 4.1. Законита и легитимна феникс активност

Када се привредно друштво нађе у финансијским тешкоћама, оно може покушати да их превазиђе на различите начине: статусним пројенама, продајом дијела имовине трећим лицима, затварањем непрофитабилних погона, отпуштањем вишка радника, неформалним преговорима са кључним повјериоцима ради редефинисања дужничко – повјерилачких односа и сл. Поред тога, лица која управљају старим, инсолвентним друштвом, могу покушати да наставе пословање оснивањем новог привредног друштва, на које ће пренијети сву или дио имовине старог привредног друштва која им је неопходна за наставак пословања. Поред имовине, ново привредно друштво најчешће преузима и запослене, клијенте и добављаче, пословни углед, структуру менаџмента, организациону структуру и сл. Уколико ново привредно друштво стекне имовину старог привредног друштва по цијенама „ван дохвата руке“<sup>19</sup>, онда наставак пословања преко новог привредног друштва у власништву истих лица може представљати најповољнији исход за повјериоце, запослене (који ће сачувати запослење), државу (јер наставља да убире порезе од новог, економски здравог, привредног друштва) и друштво у цјелини. Наиме, лица која су управљала друштвом могу имати посебна знања и искуства о производима, производним процесима, опреми, најбоље познавати тржиште, имати контакте са клијентима и добављачима са којима би наставили обављати дјелатност, те могу имати највећу шансу да успију други пут. Историја је пуна прича о предузетницима који су банкротирали на путу до успјеха. *Henry Ford, Walt Disney, Charles Goodyear, Henry Heinz (Roach, 2010: 91)* само су нека од имена која показују да се из пословних промашаја могу научити значајне лекције и касније постићи импресивни пословни резултати. У том смислу, можемо рећи да овај облик феникс активности представља пожељан модалитет економско – финансијског оздрављења предузећа кроз наставак обављања дјелатности на тржишту преко новог привредног друштва. Стога, законодавац не треба ни на који начин да онемогућава овај облик феникс активности јер она јача предузетништво и рационално преузимање ризика, подстиче иновативност и економски раст (*Ibid, 94*).

Да би феникс компанија представљала законито и пожељно понашање, основни услов је да лица која имају дужности према друштву, а нарочито директори и чланови управе, те контролни чланови/акционари нису

19 Цијена „ван дохвата руке“ (енгл. *arm's length principle*) постоји уколико су услови под којима се трансакције са повезаним лицима обављају не разликују од услова који би постојали између неповезаних лица у упоредивим трансакцијама обављеним под упоредивим околностима. Види чл. 32 Закона о порезу на добит.

повриједили дужности према друштву, да привредно друштво није злоупотријебљено (односно да нису испуњени услови за пробијање правне личности), да су ликвидациони или стечајни управник старог привредног друштва поступали савјесно и да нису повриједили своје дужности према друштву, односно повјериоцима, да лица која су имала контролу над старим привредним друштвом нису предузимала правне радње којима се оштећују повјериоци, да стечај старог привредног друштва није проузрокован са намјером избјегавања плаћања обавеза и сл.

С обзиром на наведено, можемо закључити да су кључне карактеристике феникс активности као механизма за очување пословања (енгл. *business rescue*):

- 1) старо привредно друштво је постало инсолвентно усљед околности које се не могу приписати кривици лица која су управљала друштвом,
- 2) преношење имовине на ново привредно друштво је извршено по цијенама „ван дохвата руке“,
- 3) наставак пословања преко новог привредног друштва и стечај старог привредног друштва представља повољнију опцију за повјериоце, запослене и државу.

#### **4.2. Проблематична феникс активност (неспособан али упоран оснивач)**

Код проблематичне феникс активности, такође, не постоји намјера лица која су управљала старим привредним друштвом да оштете повјериоце и избјегну плаћање обавеза кроз стечај друштва, али циклично довођење привредних друштава до инсолвентности и оснивање нових привредних друштава с циљем наставка пословања, од стране (*de iure* или *de facto*) истих лица доводи до негативног исхода за повјериоце. Дакле, кључни индикатор проблематичне феникс активности јесте број пословних неуспјеха које је имало одређено лице, које нема лошу намјеру, али има слабе пословне вјештине и одбија да научи лекцију из претходних промашаја. Други индикатор проблематичне феникс активности је трошак који су претрпјели необезбијеђени повјериоци, запослени и држава од сваког пословног неуспјеха, односно проценат у коме су њихова потраживања остала ненамирена (*Anderson, 2015: 135*). Дакле, ријеч је о понашању које није незаконито, али је непожељно јер оштећује повјериоце, нарушава конкуренцију, те има негативне ефекте по друштво у цјелини.

С обзиром на то да овдје не постоји кривица (несавјесно поступање) одређеног лица, потребно је да инструменти против ове врсте феникс

активности буду калибрирани тако да њихова примјена не зависи од утврђивања намјере, непажње или крајње непажње одговорног лица, него да се примјењују чим се стекну одређени објективни услови, при чему неће онемогућити оне који су из претходног пословног краха „научили лекцију“ да покушају поново (Anderson, 2017: 125). Примјер таквог инструмента је лична и неограничена одговорност директора, скривених директора и одређених лица повезаних са компанијом за пореске обавезе (нове) компаније у случају феникс активности, која је у марту 2020. године усвојена у Великој Британији. Услови за успостављање личне и неограничене одговорности су: да је лице у периоду од 5 година, имало „релевантну везу“ са најмање двије компаније над којима је отворен стечај и које су имале значајне пореске обавезе у вријеме отварања стечаја (над старом компанијом), те да је то лице имало „релевантну везу“ са другом компанијом током тих 5 година, која је наставила да обавља сродну дјелатност као старе компаније и да је бар једна од старих компанија имала пореске обавезе које прелазе 10.000 фунти и представљају најмање 50% укупних потраживања повјерилаца.<sup>20</sup> У теорији је предложено увођење института рестрикције директора који има за циљ ограничавање права одређеног лица на управљање привредним друштвима на одређен период, уколико је то лице вршило управљање у најмање 5 компанија које су „пропале“ или су остале „успаване“ или су избрисане из регистра у посљедњих 10 година (Welsh, Anderson, 2017: 23). Дакле, овај институт би се примјењивао аутоматски, када се испуне објективни услови на основу којих се одређено лице може окарактеристи као проблематичан „серијски предузетник“.

Домаће право не познаје овакве институте, међутим кроз одредбе Закона о пореском поступку о ускраћивању јединственог идентификационог броја (ЈИБ) пореског обвезника, посредно се спречава регистрација привредног друштва уколико је оснивач правно или физичко лице које има доспјеле а неизмирене пореске обавезе, или лице које је истовремено члан другог правног лица са удјелом од најмање 25% а то друго правно лице има доспјеле а неизмирене пореске обавезе.<sup>21</sup> Ипак, наведена одредба се лако може заобићи, кориштењем лица повезаних са оснивачима, тако да нема значајнији домет у спречавању проблематичне или незаконите феникс активности.

20 Вид. Finance Bill UK, Schedule 13, (Repeated insolvency and non-payment cases), <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0142/20142.pdf>

21 Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр. 102/2011, 109/2011, 67/2013, 31/2014, 44/2016, 11/2019 – Одлука Уставног суда У-30/19, 38/2019 – Одлука Уставног суда У-43/18, чл. 22а.



### **4.3. Незаконита феникс активност типа 1 – оснивачи су имали намјеру да друштво успјешно послује**

Код овог облика незаконите феникс активности, лица оснивају привредно друштво у доброј вјери, са намјером да оно послује успјешно. Међутим, како привредно друштво долази у финансијске проблеме, код њих се формира намјера да избјегну плаћање дугова (*Anderson et al.*, 2015: 15). Обично ће своју намјеру реализовати преношењем имовине старог привредног друштва на ново (повезано) привредно друштво и то редовно испод тржишне цијене. На тај начин старо привредно друштво за своју имовину не добија ону вриједност коју би требало, те се у стечајном поступку ни повјериоци не намирују у оном обиму у коме би се намирили да ових трансакција није било.

На овај начин лица која управљају друштвом крше дужности према (старом) привредном друштву, прије свега дужност пажње и дужност лојалности, те би могли бити одговорни друштву за накнаду штете коју тиме проузрокују. Поред тога, преношење имовине на друго привредно друштво може бити предмет побијања у стечајном поступку уколико се тим преношењем оштећују повјериоци.

### **4.4. Незаконита феникс активност типа 2 – феникс као пословни модел**

Код овог облика незаконите феникс активности, лица оснивају привредно друштво са намјером да то друштво искористе у свом феникс аранжману. Дакле, они не оснивају друштво с циљем обављања привредне дјелатности ради стицања добити, већ имају намјеру да ово друштво постане инсолвентно како би се кроз стечај ослободили обавеза према повјериоцима. Овај облик феникс активности се најчешће јавља у оквиру групе привредних друштава (софистицирана феникс активност), на начин да се на једно друштво гомилају обавезе према повјериоцима (првенствено према запосленима и држави), при чему оно нема имовину која би могла служити за измирење тих обавеза. Код овог облика феникс активности, поред кршења дужности према друштву од стране матичног привредног друштва или њених директора према зависном друштву, редовно ће постојати злоупотреба старог привредног друштва, односно биће испуњени услови за пробијање правне личности.<sup>22</sup>

---

22 Овај облик феникс активности се може подвести под изигравање циљева друштва као један од основа по којима се у судској пракси прихватао пробијање правне личности. Наиме, уколико друштво представља само средство чланова за задовољење других интереса, а не циљева друштва, тада је ријеч о фиктивном друштву које

Кључне карактеристике феникс компаније као пословног модела су: намјера избјегавања плаћања обавеза већ од момента оснивања привредног друштва, систематско и циклично понашање, може укључивати трансакције између старог привредног друштва и феникс компаније које су знатно испод тржишних цијена, може укључивати намјерно поткапитализовање зависног привредног друштва у групи, крши један или више закона, штетно је за повјериоце и друштво у цјелини (*Anderson et al.*, 2015: 24).

#### **4.5. Комплексна феникс активност**

Овдје је такође ријеч о незаконитој феникс активности типа 2, али феникс активност прати вршење различитих кривичних дјела, као што је прање новца, фиктивне трансакције, проузроковање лажног стечаја и сл. Наведени облик феникс активности излази изван оквира овог рада, те неће бити даље анализиран.

### **5. Закључак**

Ограничена одговорност чланова у друштвима капитала представља фундаментални принцип компанијског права. Иако ограничена одговорност има бројне и несумњиве предности, она је истовремено створила могућност за различите злоупотребе. Једна од тих злоупотреба јесу феникс компаније – феномен рађања новог привредног друштва из пепела друштва претходника које је постало неспособно да измирује обавезе према повјериоцима. С обзиром на разноликост облика у којима се јавља феникс активност, од којих су неки законити и прихватљиви (чак пожељни), а неки незаконити, јасно је да је немогуће дати прецизну дефиницију феникс активности јер би сваки покушај дефиниције створио простор за нове, креативне феникс аранжмане који ће бити у складу са словом закона, али којима ће се постићи исти забрањени циљ – избјегавање плаћања обавеза према повјериоцима. Стога смо у овом раду описали феникс активност, представили њене основне карактеристике и понудили одређене индикаторе који треба да помогну у откривању феникс активности, при чему на основу њих не можемо одредити да ли се ради о законитој и прихватљивој, проблематичној или незаконитој феникс активности. С циљем разграничавања пожељних и незаконитих

---

представља „чисту фасаду“ усмјерену ка изигравању основних циљева друштва и његових повјерилаца. Изигравање циљева друштва се најчешће у пракси препознаје у ситуацијама када је друштво коришћено искључиво зарад задуживања, а потом су остварена средства „извлачена“ из имовине друштва. Види више: М. Радовић, 2018: 146.

феникс аранжмана, у раду смо описали пет различитих облика феникс активности и указали на њихове основне карактеристике: 1) законита и прихватљива феникс активност која се предузима са циљем очувања пословања; 2) проблематична феникс активност која подразумева „серијског предузетника“ који није способан да научи лекцију из претходних пословних промашаја, 3) незаконита феникс активност у којој јепривредно друштво основано с намјером да успјешно послује, али када се нађе у финансијским проблемима његови власници одлуче да избјегну плаћање обавеза према повјериоцима, 4) феникс као пословни модел, када се привредно друштво не оснива ради обављања привредне дјелатности у циљу стицања добити, него је намјера његових оснивача од самог почетка да се друштво искористи (злоупотријеби) за избјегавање обавеза према повјериоцима, те 5) комплексна феникс активност која укључује вршење различитих кривичних дјела.

Феноменом феникс компанија се посљедњих година интензивно баве Влада Аустралије и Велике Британије, али према нашем увјерењу проблем је присутан у значајном обиму у свим државама региона, што је првенствено посљедица неповољног пословног окружења. Упркос томе, овом проблему се није приступало систематично и свеобухватно, тако да постојећи правни институти нису довољно ефикасни у спречавању или отклањању штетних посљедица ове појаве.

### Литература/References

- Anderson, H. O'Connel, A. Ramsay, I. Michelle, W. Hannah, W. (2015). *Defining and profiling Phoenix Activity*, Melbourne: Melbourne Law School.
- Anderson, H. (2015). Profiling phoenix activity: A new taxonomy, *Company and Securities Law Journal*. 33, 133–137.
- Anderson, H. (2017). Corporate law and the phoenix company. У: Tomasic, R. (ed) *Routledge Handbook of Corporate Law*. Abingdon, Oxon, New York: Routledge, 114–127.
- Blumberg, P. (1985). Limited Liability and Corporate Groups. *Journal of Corporation Law*. 11, 573–631.
- Easterbrook, H. F. Fischel, R. D. (1985). „Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*. 52, 89–117.
- Hannigan, B. (2012). *Company Law 3rd Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Живковић, М. (2016). *Право побујања дужникових правних радњи*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.

Јевремовић Петровић, Т. (2014). *Групе привредних друштава*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

McCormack, G. Keay, A. Brown, S. (2017). *European Insolvency Law: Reform and Harmonization*. Chetlenham[UK] и Northampton [USA]: Edward Elgar Publishing.

Millon, K. D. (2007). Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability. *Emory Law Journal*. 56(5), 1305–1381.

Радовић, М. (2018). *Пробијање правне личности у стечајном поступку*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Радовић, В. (2018а). *Стечајно право – књига прва*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Радовић В. (2018). *Стечајно право – књига друга*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Радовић, В. (2010). О оправданости института дисквалификације директора. *Право и привреда*. 1-3, 25–56.

Roach, M. (2010). Combating the Phoenix Phenomenon: An Analysis of International Approaches. *eJournal of Tax Research*. 8(2), 90–127.

Spariosu, Ž. T. (2016). *Теоријска и емпијска анализа ефикасности стечајног процеса – докторска дисертација*. Београд: Универзитет у Београду – Економски факултет.

Васиљевић, М. (2012). *Компанијско право – Право привредних друштава*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Васиљевић, М. (2013). *Корпоративно управљање – изабране теме*. Београд: Удружење правника у привреди Републике Србије.

Васиљевић, М. (2014). *Трговинско право*. Београд: Удружење правника у привреди Републике Србије.

Michelle, W. Helen, A. (2017). Director Restriction: An Alternative to Disqualification for Corporate Insolvency. *Company and Securities Law Journal*. 37(1), 23.

**Irena Radić,**  
Teaching Assistant,  
Faculty of Law, University of Banja Luka,  
Republika Srpska, Bosnia & Herzegovina

## **THE PHOENIX IS RISING AGAIN**

### **Summary**

*The separation of company assets from the assets of its shareholders and the limited liability of company shareholders are two fundamental principles of company law. The principle of limited liability places a “corporate veil” between the company and its shareholders, protecting them from personal responsibility for corporate obligations. It also enables investors to limit their exposure to potential loss to their actual investment in company and to shift the risk of corporate insolvency to the business’s creditors. By creating incentives for business ventures, the “corporate veil” of limited liability principle is beneficial to corporate shareholders and the society in general. However, it also opens the door for different kinds of abuses, one of which is embodied in the emergence of “phoenix” companies.*

*A “phoenix” company is usually defined as a new company that arises from the ashes of its failed predecessor, taking over its assets and continuing its business, usually under the same or similar name, and with the same (de facto or de iure) controllers. The phenomenon of “phoenixism” encompasses a range of activities, some of which are legitimate and lawful means of saving the business in financial distress, while others are illegal and constitute an abuse of the corporate limited liability form and the abuse of insolvency and tax law; there are also different shades of grey in between the two. The aim of this paper is to describe the conceptual framework of “phoenix” companies, present the main indicators for detecting their activities, and categorise the various types of phoenix activity, with the aim of distinguishing between the harmful and beneficial “phoenixing”.*

**Keywords:** “phoenix” companies, limited liability, abuse of corporate limited liability form, abuse of insolvency, tax avoidance.



## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M24)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде <b>A4</b> .
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
<b>Аутор(и)</b>	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Напомена о анонимности</b>	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично). Неопходно је избрисати из самог документа било коју персоналну информацију/име које упућује на аутора. Могу се приложити документи у чијем опису као и тексту нема персоналних информација.
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	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).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графиконе или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <a href="#">овде</a> .
<b>Достава радова</b>	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, <a href="https://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">https://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a> ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС.

\* 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>Опита 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.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (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. (Prig.). <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.	<b>Фус нота:</b> 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>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IV-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IV-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>



## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M24)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), <b>velićina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati velićinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priloži i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
<b>Ključne reći</b>	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priloži dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti <a href="#">ovde</a> .
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="https://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index">https://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index</a> <b>PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.</b>

\* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V. Pavlović i S. Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	<b>Fusnota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	<b>Fusnota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navođenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fusnota:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M24)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrilic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in <b>English</b> as well.
<b>Author(s)</b>	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	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.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	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.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	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.
<b>Note on author's identity (anonymity)</b>	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	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 <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	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.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The articles are to be submitted via online editorial management system АСIСТEHT, <a href="http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>

\* 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	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (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). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . 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). <i>Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2), 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . 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)	<b>Footnote:</b> 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)	<b>Footnote:</b> 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 <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>