

Oporezivanje nerazmjera između stečene imovine i dokazanih izvora za njezino stjecanje u hrvatskom pravu: normativni okvir i problem tereta dokazivanja

Gadžo, Stjepan

Source / Izvornik: **SUDSKI POSTUPAK - PRAVDA I PRAVIČNOST, 2022, 259 - 280**

Conference paper / Rad u zborniku

Publication status / Verzija rada: **Published version / Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:679588>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2025-02-07**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

SUDSKI POSTUPAK - PRAVDA I PRAVIČNOST

Zbornik radova 35. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2022. | Tom II

35.
godina



Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

35. Susret

35th Meeting

**SUDSKI POSTUPAK
– PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS
– JUSTICE AND FAIRNESS**

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava

– Slobodan Perović

Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law

– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Kopaonik, 13. – 17. decembar 2022

Kopaonik, 13 - 17 December 2022

Tom II/Volume II



Beograd, 2022

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNESS

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 13. – 17. decembar 2022.
International Scientific Conference, 13 - 17 December 2022

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović
Patrijarha Gavrila 12, Beograd

E-mail: office@kopaonickaskola.rs
www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary
Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

Prof. dr Đorđe Đorđević, Prof. dr Nataša Delić, Dr Hajrija Mujović, Mr Gordana Petković, Prof. dr Edita Kastratović, Dr Božidar Otašević, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Dragor Hiber, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Prof. dr Nikola Mojović, Prof. dr Nina Planojević, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, Dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, Dr Vladimir Čolović, Dr Mirjana Glintić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Akademik prof. dr Vitomir Popović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Prof. dr Ljubinka Kovačević, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Dr Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Rodoljub Etinski, Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, Dr Jelena Vukadinović Marković, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (Professor emeritus at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France), Rajko Kuzmanović (President of the Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Prof. dr Gian Antonio Benacchio (University of Trento, Italy), Prof. dr Francesca Fiorentini (University of Trieste, Italy), Zoran Rašović (Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Montenegro), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia), Dr Mateja Durovic (King's College London, UK).

Kompjuterska obrada/Pre-print
Miodrag Panić

Dizajn korica/Cover design
Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies: 500

Štampa/Print
FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-81956-11-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-13-7

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni. Svi radovi u ovom Zborniku se objavljuju po pozivu, a njihovi autori imaju svojstvo pozvanih predavača na konferenciji.

TREĆA KATEDRA

PRAVO NA IMOVINU

Opšta pitanja/Kodifikacije; Svojina i druga stvarna prava; Svojina i nasleđe; Ugovor i odgovornost za štetu; Porezi; Privredna društva; Osiguranje; Međunarodni privredni ugovori/Arbitraža; Radni odnosi; Banke i bankarski poslovi

BRANKO MORAIT

MOTIVI I RAZLOZI OBLIKOVANJA POJEDINIH GRAĐANSKOPRAVNIH INSTITUTA / USTANOVA

Pretpostavka uspješne kodifikacije je izgrađenost pravnih ustanova koje ona sadrži. Pravne ustanove se oblikuju iz različitih razloga i motiva. U radu je učinjen pokušaj analize razloga iz kojih su ustanove novčana naknada nematerijalne štete i teret dokazivanja krivice oblikovane i normirane.

Ključne riječi: nematerijalna šteta, kodifikacija, novčana naknada, teret dokazivanja

U V O D

Razvoj građanskog prava u svakoj državi ima za krajnji cilj da se kodifikuje građansko pravo. Kodifikacije građanskog prava u tzv. modernim evropskim državama su izvršene koncem 18. i početkom 19. vijeka na temeljima principa Francuske buržoaske revolucije. Francuska, Njemačka i Austrijska kodifikacija građanskog prava poslužile su kao polazna osnova za recepciju građansko – pravnih normi i kreiranje građanskih zakonika u mnogim zemljama. Novi zamah kodifikovanje građanskog prava dobilo je s padom Berlinskog zida i demokratskim razvojem istočnoevropskih socijalističkih zemalja koje su izmijenile svoj pravni poredak i prilagodile ga liberalno-demokratskim načelima društvenog uređenja. Disolucijom socijalističke Jugoslavije bivše socijalističke republike postaju suverene i nezavisne i nastavljaju da izgrađuju svoje pravne sisteme modifikujući naslijeđene

Prof. dr Branko Morait, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci i sudija Suda BiH u penziji, e-mail: brankomoraitbm@gmail.com.

građansko – pravne propise u cilju reafirmacije osnovnih instituta građanskog prava, prava svojine i ugovora. Istovremeno se odvija proces pridruživanja Evropskoj uniji zemalja tzv. Zapadnog Balkana i nastojanjima da se pravni propisi harmonizuju s pravnim tekovinama EU. Naš veliki pisac, Miloš Crnjanski je rekao, „vrijeme se ne mijenja, ono prolazi.“ Tako nas je prošlo vrijeme tranzicije i privatizacije u kojem se ambijentu odvijao proces priprema kodifikacije. Došlo je vrijeme transformacije, čiji tok se opisuje kao prelazak „sa predstavničke demokratije na tehnokratski autoritarizam. Sa vladanja kroz javne institucije, odgovorne pred narodom, prelazi se na vladanje kroz javno/privatno partnerstvo koje nikome nije odgovorno. Prelazi se sa koncepta suverene vladavine pojedinačnih država na koncept regionalne/globalne vladavine. (...) Vladavina prava zamjenjuje se vladavinom dekretima koje objavljuju tehnokratska tiranije.“¹ Nadovezaćemo se na misao, „u krajnjoj liniji, u životu je fakat svakad jači od pravnog akta.“² Zapravo, pokušaćemo pokazati koliko se faktičko, u domenu građanskopravnih odnosa i uređenja pravnih ustanova, kao elemenata kodifikacije javlja kao razlog i motiv oblikovanja pravnih instituta.

Kopaonička škola prirodnog prava, pod rukovodstvom svoga utemeljivača i inspiratora, profesora Slobodana Perovića, oduvijek je na dnevni red stavljala pitanje kodifikovanja pravnih normi i izgradnje pravnih ustanova građanskog prava. Preispitivanju nekih pojava i procesa u izgradnji pravnih instituta građanskog prava posvećen je ovaj rad.

U radu ćemo analizirati samo pojedine ustanove iz domena građanskopravne odgovornosti. Cilj je istražiti u kojoj mjeri pravni razlozi rukovode kodifikatore građanskog prava u izgradnji pravnih ustanova, a u kojoj mjeri se oni oblikuju pod uticajem društveno-ekonomskih i političko-pravnih okolnosti, motiva i razloga.

NAKNADA NEIMOVINSKE ŠTETE NOVČANIM EKVIVALENTOM

Prava ličnosti po svojoj pravnoj prirodi su apsolutna subjektivna prava. Lična prava su apsolutnog karaktera, jer ovlašćenja ličnosti povodom sopstvenih ličnih dobara djeluju negativno, *erga omnes* kao zabrane odnosno isključivanje svih drugih lica od zadiranja u bilo čije lično dobro. Lična prava su tokom svoje teorijske emancipacije prolazila kroz faze osporavanja, jer su tijesno vezana za čovječiju ličnost. Pojam „lično dobro“ danas ima šire značenje nego u vrijeme nastanka teorije o ličnim pravima. Danas, u lična dobra, ne spadaju jedino ona koja pripadaju čovjeku kao biološkom biću (život, tijelo, zdravlje) nego i niz drugih dobara koja se

¹ Stanko Crnobrnja, „Kultura neverice“, Kulturni dodatak, *Politika*, 27. avgust 2022, 2.

² Zoran R. Tomić, *Politika*, 10. septembar 2022.

u savremeno doba priznaju kao integralni elementi čovječije ličnosti (sloboda, čast, ime, intimni/privatni i porodični život, tvoj glas, vlastita slika, privatna pisma i lični spisi, itd.)³.

Osim što imaju apsolutno dejstvo, lična prava su izvan prometa – neprenosiva su i ne mogu biti predmetom izvršenja. Svako je dužan da ih respektuje i ne vrijeđa, jer su ona apsolutnog karaktera (djeluju prema svima) i ako dođe do njihovog povređivanja, titular ličnog prava pripada pravo na tužbu.

S obzirom na to da su tijesno vezana za ličnost lična prava se ne mogu nasljeđivati. Ona se mogu samo štititi nakon smrti nosioca tih prava. Neka lična prava se ne mogu uopšte povrijediti nakon titularove smrti. Takva su: pravo na život, tijelo, zdravlje, slobodu. Druga se mogu povrijediti i poslije smrti titulara, a to su: pravo na čast, ime, privatni spisi, intimni život i sl. Stoga se postmortalna zaštita ličnosti u ovim aspektima nasljeduje.⁴

Obligaciono pravo u području deliktne odgovornosti, pruža zaštitu i ličnim pravima tako što njihovu protivpravnu povredu kvalifikuje kao štetu. Obligaciono pravo štiti ono što neko lice ima (imovinu) ali i ono što neko lice jeste (ličnost). Zaštita ličnih dobara, bioloških, psiholoških i društvenih strana ličnosti u obligacionom pravu se zasniva na uspostavljanju obligacionog odnosa na naknadu štete. U tom odnosu je štetnik/dužnik lice koje je protivpravno i skrivljeno povrijedilo nečije lično dobro, a oštećeni je lice čije je lično dobro oštećeno.

Postoje i dobra koja imaju svoju vrijednost, ali njihova vrijednost nije imovinska, materijalna. Postoje vrijednosti koje nemaju utvrđenu cijenu, koje se ne susreću na tržištu kao robe, ali koje se protivpravnom radnjom mogu povrijediti. Ljudski život, tjelesni integritet, zdravstveno stanje (zdravlje), sreća, patnja, bol, sloboda, ljubav ili naklonost, nemaju cijenu u vidu novčanog ekvivalenta njihove vrijednosti. O naturalnoj restituciji, u smislu zamjene, besmisleno je govoriti. Ipak, može se govoriti o naturalnoj restituciji u vidu poboljšanja stanja oštećenog zdravlja, prestanku bolova, zacijeljenju rana, vraćanju ugleda, prestanku patnji. Možemo primijetiti da je satisfakcija, na ovom području, vid naturalne restitucije, sa čim se, možda, neki neće složiti? Prava ličnosti, kao što je poznato, mogu biti grubo povrijeđena. Da li ih je moguće zaštititi građanskopravnom sankcijom i njenim modalitetima i da li je uopšte ispravno novčanim iznosom naknaditi povrede ličnih prava?

U slučaju nastanka štete povredom ugleda, časti, slobode i ostalih prava ličnosti, ZOO dozvoljava podizanje tužbe na naknadu nematerijalne štete ukoliko su

³ Slavica Krneta, „Lična prava“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom I, Savremena administracija, Beograd, 1978, 910.

⁴ S. Krneta, op. cit., 910.

nastali duševni bolovi. Iz ovoga proizilazi da, pored nenovčanih oblika zahtjeva za popravljjanje povreda prava ličnosti postoji i naknada štete u novčanom iznosu. Prema stanju *de lege lata* proizilazi da je dosuđivanje novčane naknade moguće samo ako su duševni bolovi nastali povredom ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti bili takvog intenziteta i trajanja da ove okolnosti opravdavaju popravljjanje nematerijalne štete pomoću novčane naknade. Znači da je dosuđivanje novčane naknade za povredu prava ličnosti moguće samo ako je povreda izazvala kod oštećenog takve duševne bolove pravno relevantnog intenziteta i trajanja.⁵ Oštećeni, tužilac, koji zahtijeva novčanu naknadu za pretrpljenu nematerijalnu štetu zbog povrede prava ličnosti, dužan je dokazati povredu prava ličnosti i duševne bolove kao posljedicu. Ukoliko bi se oštećeni opredjelio da zahtijeva popravljjanje povrede nastale povredom ličnih prava, u nekom od nenovčanih oblika, dovoljno je da dokaže samo povredu prava ličnosti, a nije dužan dokazivati posljedicu, tj. iz povrede ličnog dobra proistekle duševne bolove odnosno patnje.

Novčanim davanjem na ime naknade nematerijalne štete teško je uspostaviti u ličnosti povrijeđenog ranije stanje, prije povrede. Zbog toga pravni pisci ističu da je naknada samo satisfakcija. Tako je isticao profesora Gams, da postoji i „naknada“ moralne štete, iako se, da parafraziramo ovdje ne radi o naknadi u smislu uspostavljanja imovinske ravnoteže, ekonomskog nadoknađivanja pretrpljenog gubitka. Ali, kako ističe profesor Gams, o naknadi štete ne može biti riječi. I, zaključuje, „ako se ne može dati naknada može se dati određena ekonomska, novčana zadovoljština povrijećenom licu, s jedne strane, da bi se i na taj način olakšala moralna povreda oštećenoga, a, s druge strane, da bi učinilac, štetnik i tim putem iskusio posledice svog štetnog postupka.“⁶ Po strogoj pravnoj logici propisivanje novčane naknade neimovinske štete ne bi bilo moguće. Međutim, moderna društva, u kojima novac reguliše sve, a ne samo ekonomske odnose, dovela su do pomirljivog stava pravnih teoretičara, da zaključe, ako se novcem ne može da izrazi i naknadi moralna šteta, može se njime olakšati položaj oštećenog i otežati položaj štetnika. Točak istorije je ostavio iza sebe patrijarhalno društvo u kojem je nastao OIZ koji nije priznavao novčanu naknadu neimovinske štete, kao i socijalističko društvo koje je smatralo da posjeduje druga pravna sredstva kojima može zaštititi lica od moralnih šteta. Najzad, sudska praksa je prokrčila

⁵ Član 200. st. 1. ZOO – Novčana naknada. (Za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i za strah sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu).

⁶ Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo – opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd, 1977, 143.

put dosuđivanju naknade moralne štete na sličan način kao i naknade imovinske štete u slučaju deliktne odgovornosti, te je i to razlog da se prava ličnosti smatraju dijelom građanskog prava.⁷ Tako bi trebalo biti i zakonom propisano. S druge strane, adekvatno zadovoljenje je moguće u slučajevima povrede prava ličnosti (časti, ugleda, i sl.) Ako slijedimo pravnu logiku, adekvatna sankcija za povredu ličnih prava postoji za određeni broj slučajeva, kao što je povlačenje izjave, javno izvinjenje, objavljivanje presude o kažnjavanju prekršioca na njegov teret, objavljivanje ispravke i sl. Na taj način se poništava kompromitacija povrijeđenog u javnom prostoru, a ličnost restaurira raniji ugled, dostojanstvo i sl., te o njoj ostaju podaci i činjenice koje su odranije bile prisutne u javnom mnjenju. U ovim slučajevima nađena je adekvatna i dovoljna sankcija i nije potrebno u zadovoljavanju povrijeđenog dalje ići. Svrha satisfakcije je postignuta bez davanja novčanog iznosa (čl. 199 ZOO).⁸

Problem su povrede drugih ličnih dobara koje su rezultirale fizičkim bolovima zbog pretrpljene fizičke povrede, duševnih bolova (umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, lišenja slobode, smrti bliskog srodnika i za strah). Teško je, gotovo nemoguće, u ovim slučajevima pronaći adekvatnu satisfakciju, odnosno satisfakciju kojom se može ostvariti svrha koja se naknadom želi postići.⁹

Kako zaključuje Krneta, oblik građanskopravnih sredstava zaštite ličnih prava zavisi od karaktera učinjene povrede. Zbog toga dolaze u obzir različite tužbe, kao što je tužba za uklanjanje učinjene povrede i tužba za spriječavanje ponovnog povređivanja odnosno nastavljanja povređivanja. Pored toga, Krneta pledira za novčanom naknadom nematerijalne štete, jer je to neposredna satisfakcija povrijeđenom licu koja se sastoji od plaćanja izvjesne svote novca koja povrijeđenom služi kao utjeha, neka zadovoljština i poticaj za brisanje iz svijesti negativnih sjećanja i utisaka na tegobno iskustvo pretrpljenih povreda najosjećajnijih čovjekovih dobara.

U pravnoj literaturi se navode argumenti pristalica i protivnika dosuđivanja novčane naknade zbog povrede ličnih dobara. Protivnici, između ostalog, isticali su da bi novčana naknada vodila neprimjerenom komercijalizaciji ličnih dobara koja su nematerijalna dobra i nesposobna da se pojavljuju na tržištu. Davanje novca na ime naknade bila bi njihova degradacija, jer se lična dobra vrednuju novčano; svaki pokušaj ustanovljenja novčanog ekvivalenta je neuspješan i dati sudu potpunu slobodu arbitriranja dovelo bi do pravne nesigurnosti, proizvoljne primjene

⁷ *Ibidem*, 144.

⁸ Bogdan Loza, *Obligaciono pravo – opšti dio*, Sarajevo, 1981, 232.

⁹ *Ibidem*, 232.

prava i mogućnosti zloupotrebe pranih ovlašćenja; nepružanjem novčane naknade lično dobro ne ostaje bez zaštite, jer postoje krivične i prekršajne sankcije. Zagovornici dosuđivanja novčane naknade za povredu ličnih dobara ističu – novčanom naknadom se jača zaštita ličnih dobara; davanjem novca pružiće se povrijeđenom neko zadovoljenje, nešto lijepo, ugodno, a povrijeđeni će osjetiti satisfakciju, jer se umanjuju materijalna sredstva štetnika ito će njemu teško pasti; ni vrijednost materijalne štete često nije procjenjiva ako uništene ili oštećene stvari nemaju tržišnu vrijednost.¹⁰

Ako slijedimo hronologiju uzora za zakonsko uređivanje obligacionih odnosa, valja se osvrnuti na rješenja Švajcarskog zakonika o obligacijama od 30. marta 1911. godine sa izmjenama i dopunama izvršenim do 1. januara 1976. godine.¹¹ Tako, Odsjek II (Nedopuštene radnje) u stavu 2. člana 42 (Utvrđivanje štete) propisuje da štetu dokazuje tužilac, a kada visina štete ne može tačno da se utvrdi, određuje ju sudija, pravično, s obzirom na redovan tok stvari i s obzirom na mjere koje je preduzeo oštećeni. Odredba člana 43 (Određivanje naknade) propisuje da, oblik i visinu naknade određuje sudija s obzirom na okolnosti i stepen krivice. Napominjemo, da je po uzoru na navedene odredbe ŠZO, skicirana odredba člana 210 Prednacrt GZ RS¹² (Određivanje naknade po pravičnosti) u odsjeku o naknadi imovinske štete: „Ako se visina štete ne može tačno utvrditi, sud će odrediti naknadu po pravičnosti, vodeći računa o svim okolnostima slučaja.“ Po našem mišljenju, ako je ova odredba locirana kod naknade imovinske štete, ona je primjerena i za ulogu sudija kod naknade neimovinske štete, ako ne i primjerenija za ovo posljednje pitanje.

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE PRAVNOM LICU

U nauci i praksi duže je prisutna diskusija vezana za pitanje: da li i pravno lice može da zahtijeva naknadu nematerijalne štete. Ne treba gubiti iz vida da je ličnost pravnog lica, i u važećem ZOO, bila zaštićena odredbom člana 199 koja je predviđala alternativnu sankciju zbog povrede prava ličnosti u vidu objavljivanja presude ili ispravke odnosno povlačenja izjave.¹³ Ukoliko pravo na naknadu nematerijalne

¹⁰ *Ibidem*, 232–233.

¹¹ Izdanje „Savremena administracija“, Beograd, 1976. (u daljem: ŠZO).

¹² *Prednacrt Građanskog Zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi*, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009. godine (u daljem: Prednacrt GZ RS).

¹³ Član 199. ZOO: „U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.“

štete organizujemo kako je to učinjeno u ZOO, tj. tada oštećeno (pravno) lice mora da dokaže da je nastala povreda prava ličnosti (integriteta ljudske ličnosti, ličnog i porodičnog života, prava na čast, ugled, dostojanstvo, slobodu i druga prava ličnosti) koja je dovela do duševnih bolova određenog trajanja i intenziteta. Prema konceptu ZOO nematerijalna šteta se sastoji od pretrpljenih bolova i straha i tek tada se može zahtijevati dosuđivanje novčane naknade štete. U takvoj konstelaciji nema dileme da pravno lice ne trpi bolove, po prirodi stvari, i da nema prava na naknadu nematerijalne štete u vidu novčane naknade. Međutim, nesporno je da pravno lice ima svoj profil u javnom mnjenju i da ima određena prava ličnosti (lična dobra) kao što je ugled, koji se, kao i kod fizičkog lica (ličnosti) mogu štiti dosuđivanjem nenovčanih oblika popravljivanja ili nadoknađivanja pretrpljene uvrede ili klevete. Osnovna zakonska zapreka nesmetanom dosuđivanju nenovčanih sankcija pravnim licima, u tim slučajevima, sadržana je u formulaciji odredbe člana 157. stav 1 ZOO prema kojoj zaštitu uživa integritet čovjekove ličnosti.¹⁴ Ako se pod ljudskom ličnosti podrazumijeva samo fizičko lice, tada pravna lica nemaju aktivnu legitimaciju za podnošenje zahtijeva za prestanak povrede prava ličnosti.

Zbog toga predložimo, *de lege ferenda*, radi potpunije zaštite prava ličnosti da se izjednači mogućnost primjerene pravne zaštite kako fizičkim tako i pravnim licima, srazmjerno njihovoj prirodi i ugroženosti ličnih prava koja pripadaju pravnom licu.

U tom pravcu, kao pozitivan primjer, navodimo odredbu člana 357 (Objavlivanje presude ili ispravke) radnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije.¹⁵ Projektovana odredba predviđa da sud može narediti objavljivanje presude na trošak štetnika ili objavljivanje ispravke ili povlačenje izjave ili nešto drugo (neku drugu mjeru) čime se postiže svrha. Ova odredba govori o nenovčanoj satisfakciji za povredu prava ličnosti. U stavu 2 istog člana dozvoljava se da sud dosudi i novčanu satisfakciju, na traženje povrijeđenog lica, ako nađe da je to opravdano u konkretnom slučaju s obzirom na težinu krivice ili težinu nanesene štete.

Kao alternative ovoj odredbi, mijenja se stav 2 u istom članu, tako da se, na zahtijev štetnika, donese presuda kojom se samo utvrđuje da je povrijeđeno tuđe pravo ličnosti. Ovom alternativom se isključuje novčana satisfakcija.

Odredba člana 359 (Satisfakcija u slučaju nanošenja bola) tj. bolnina, predviđa se za pretrpljene fizičke bolove kao i za strah, brigu, tugu i druge duševne bolove kada

¹⁴ Član 157. stav 1. ZOO: „Svako ima pravo zahtjevati od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuje integritet ljudske ličnosti, ličnog i porodičnog života i drugih prava njegove ličnosti.“

¹⁵ Pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim prijedlozima, Beograd, 24. maja 2015. godine.

sud može, prema okolnostima slučaja, dosuditi pravičnu novčanu naknadu nezavisno od naknade imovinske štete ili u njenom odsustvu. Kao alternativa ovoj odredbi zadržava se odredba člana 200 ZOO, koja se u Nacrtu GZRS numerise brojem 360.

Odredba člana 361 Nacrta (Pravična novčana naknada pravnom licu) sadrži tri stava: prvi stav je, ujedno, osnovni tekst buduće norme koji propisuje da, u slučaju povrede ugleda pravnog lica i drugih prava ličnosti, svojstvenih njegovoj pravnoj prirodi, sud može, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito težinu povrede težinu krivice, dosuditi pravičnu novčanu naknadu nezavisno od naknade imovinske štete ili u njenom odsustvu.

PRETPOSTAVLJENA ILI DOKAZANA KRIVICA

Prema predviđenoj odredbi člana 167, stav 1 Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije zadržana je odredba člana 154 važećeg ZOO. Međutim, prema I Varijanti: „U stavu 1 brišu se riječi: 'ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.'“ Ako se ova varijanta usvoji kao zakonska odredba, tada bi glasila: „Ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je.“ Iz toga proizilazi da bi se ukinula pretpostavka krivice koja se od donošenja Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine uspješno primjenjuje u sudskoj praksi. Povodom ovog pitanja, reformisanja ustanove tereta dokazivanja krivice u obligacionopravnom području prouzrokovanja i naknade štete, ponovno je aktuelizovana rasprava na temu: pretpostavljena ili dokazana krivica. U pravnoj periodici je pokrenuta rasprava posvećena sistemima tereta dokazivanja krivice kod subjektivne (deliktne) neugovorne odgovornosti za štetu.¹⁶ Profesor Đ. Nikolić problematizuje razloge kodifikovanja kako sistema dokazane krivice tako i sistema pretpostavljene krivice. Osnovno načelo građanskog parničnog postupka jeste da tužilac dokazuje svoju tezu. U jugoslovenskom Zakonu o obligacionim odnosima kao i u zakonima o obligacionim odnosima bivših jugoslovenskih republika ugrađen je sistem pretpostavljene krivice prema kojem se dokazivanje nepostojanja krivice prevaljuje na tuženoga. Redaktori Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije su predložili varijantu normiranja Sistema dokazane krivice, tj. da teret dokazivanja krivice štetnika padne na tužioca. Pošto je profesor M. Konstantinović u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima iz 1969. godine,¹⁷ za neugovornu odgovornost predložio sistem dokazane krivice, koji proizilazi iz temeljnog procesnog načela da tužilac, tj. oštećeni treba

¹⁶ Đorđe Nikolić, „Zakonska pretpostavka krivice u Srpskom obligacionom pravu“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2020.

¹⁷ Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, drugo izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 1969.

da dokaže sve uslove štetnikove odogovornosti (čl. 123 st. 1 Skice), to je Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, u objavljenom Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, predložila da se uspostavi sistem dokazane krivice. Razlozi za ovaj zaokret nisu proizašli iz teškoća u primjeni sistema pretpostavljene krivice, niti u protivljenju pravne teorije ovom sistemu dokazivanja. Zbog toga se predlaže da se analiziraju, uporede i ocijene argumenti za usvajanje jednog ili drugog koncepta tereta dokazivanja krivice kod neugovorne odgovornosti u obligacionom pravu primjenom dogmatskog, normativnog, aksiološkog, istorijskog i uporednog metoda iz čega bi mogao proizaći prijedlog optimalnog pravnog rješenja ovog pravnog institute u budućoj kodifikaciji.¹⁸ Tako se navode stavovi pravnih pisaca po kojima razlika između pretpostavljene i dokazane krivice nije samo u procesnim načelima, nego da je svaki od tih sistema o teretu dokazivanja krivice posljedica društvenih prilika, vladajućeg stava o slobodi pojedinca, shvatanja pravičnosti i morala i potrebe za ublažavanjem različitih društvenih antagonizama.¹⁹ Argumenti pravnih teoretičara koji plediraju za prihvatanje sistema dokazane krivice svode se na pozivanje na svrhu i suštinu prava koje je sredstvo za očuvanje pravnog poretka i nepromjenjivosti društvenih odnosa, a ako se desi promjena to mora i da se dokaže. Suprotno, na terenu ugovorne odgovornosti za štetu, ako je obaveza unaprijed utvrđena, obavezano lice bi moralo da utvrđuje razloge njenog prestanka.²⁰ Kao značajan, procesnopravni argument, jeste pozivanje na opštevažeći princip procesnog prava da teret dokaza leži na tužiocu.²¹ U vezi sa procesnim položajem tužioca i tuženog, u materijalno-pravnom, obligacionom odnosu koji nastaje prouzrokovanjem štete od strane štetnika oštećenom, štetnik se nalazi u ulozi dužnika, a oštećeni u ulozi povjerioca. Položaj povjerioca, tj. oštećenog smatra se nepovoljnim ako bi on, kao tužilac, prema opštim procesnim pravilima, morao da dokazuje krivicu, kao uslov odgovornosti štetnika, tj. tuženoga. Stoga se, među pravnim teoretičarima, raširilo mišljenje da, zahtjevima praktičnog života i sudske prakse, više odgovara sistem pretpostavljene krivice, jer je krivicu, da se štetnik u datim okolnostima nije ponašao kako je trebalo, teško dokazivati što utiče na pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja u sudskom sporu za naknadu štete.²² Sumarno, kao razlozi koji sistem pretpostavljene krivice favorizuju u odnosu na klasični sistem dokazane krivice, ističu se: efikasnost zaštite koju građaninu pruža normativno uređenje građanskopravne

¹⁸ *Ibidem*, 347.

¹⁹ *Ibidem*, 351.

²⁰ *Ibidem*, 353.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, 362.

deliktne, vanugovorne odgovornosti, balans interesa oštećenog i štetnika, zaštitu oštećenog od nepovoljnog položaja u parnici i donošenje pravilno i potpuno obrazloženih sudskih odluka u parnicama za naknadu štete. Na kraju se zaključuje da jugoslovensko i obligaciono pravo svih bivših jugoslovenskih republika iz sličnih razloga propisuju pretpostavku uzročnosti u domenu odgovornosti za štete od opasnih stvari i opasnih djelatnosti koja se uopšte ne osporava ni u zakonodavstvu ni u pravnoj teoriji i sudskoj praksi.²³

ZAKLJUČAK

Pravilna primjena materijalnog prava u domenu odmjeravanja i dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete je složena i delikatna aktivnost suda, koju praksa počesto pojednostavljuje i do rješenja dolazi lakšim i bržim putem, što ne doprinosi vladavini prava.

Kao pomoćni alat sudiji kod ocjene i dosuđivanja pravične novčane naknade nematerijalne štete nude se tzv. orijentacioni kriteriji i mjerila. Ovakav akt, bez zakonskih ovlaštenja, donose opšte sjednice ili sjednice građanskih odjeljenja vrhovnih sudova.²⁴ Povrh toga, imamo primjer da je donesen entitetski zakonski propis koji razrađuje, slično orijentacionim kriterijima, iznose naknade nematerijalne štete za posljedice povrede ličnih prava na području osiguranja od odgovornosti za štete u saobraćaju.²⁵ Kao orijentacioni kriteriji tako i propis o osiguranju od odgovornosti nude neprihvatljiva rješenja. Nedostatak je u tome što nude svojevrstne cjenovnike ličnih dobara koja su, po svojoj individualnoj prirodi, za svaku ljudsku ličnost zasebna i individualna. Takav, uniformni pristup novčanoj naknadi nematerijalne štete jeste i *contra legem*, jer zanemaruje pravni standard pravičnosti kod odmjeravanja visine iznosa pravične novčane naknade nematerijalne štete. Prema tome, zakonsko ovlaštenje je da sud donosi odluku po pravičnosti uzimajući u obzir zakonske kriterije i mjerila, od slučaja do slučaja, kao što sudija u krivičnom suđenju vode računa o individualizaciji kazne.

Čini se da je, *de lege lata*, nedovoljno tumačena odredba člana 202 Zakona o obligacionim odnosima koja propisuje satisfakciju u posebnim slučajevima. Satisfakcija, prema toj odredbi ZOO, u vidu pravične novčane naknade može se

²³ *Ibidem*.

²⁴ Orijetacioni kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, prihvaćeni na sjednici Građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Federacije BiH održanoj dana 27. 1. 2016. godine.

²⁵ Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Službene novine FBiH*, broj 53/2020 (čl. 37–44).

dosuditi i licu koje je prevarom, prinudom ili zloupotrebom nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti navedeno na kažnjivu obljubu ili kažnjivu bludnu radnju, kao i lice prema kome je izvršeno neko drugo krivično djelo protiv dostojanstva ličnosti i morala. Ako su ovo posebni slučajevi eventualnog dosuđivanja satisfakcije, tada možemo tumačiti *argumentum a fortiori* da i u opštim slučajevima navedenim u odredbi člana 200 ZOO se dosuđuju pravična novčana naknada odnosno satisfakcija za pretrpljene povrede ličnih prava odnosno ličnih dobara a ne naknada štete. Zbog toga bi svako tarifiranje satisfakcije za razne vidove povrede ličnih prava bilo izlišno putem tzv. orijentacionih kriterija ili posebnih zakona.

Zbog svega iznesenog je rasprava o primjerenom obimu i visini pravične novčane naknade neimovinske štete odnosno satisfakcije u novčanom obliku za povredu ličnih prava još uvijek neophodna. Raspravljajući o problematici pravnih razloga za oblikovanje pojedinih građanskopravnih instituta, ovom prilikom smo izdvojili samo dva pitanja iz područja građanskopravne, vanugovorne odgovornosti, novčanu naknadu nematerijalne štete i teret dokazivanja krivice za prouzrokovanu štetu. Našu pažnju zaslužuju i pitanja o rasprostranjenosti odredaba o prouzrokovanju štete u nekim posebnim zakonima (o zaštiti od diskriminacije, o zaštiti od klevete, o javnim nabavkama, o slobodi pristupa informacijama i o zaštiti ličnih podataka) i uticaj ove pojave na proces kodifikovanja građanskog prava kao i raširena pojava da se u posebnim zakonima često normira odgovornost bez krivice (objektivna odgovornost) koja, na takav način, od izuzetka postaje pravilo. Sve ove pojave bi redaktori kodifikacije građanskog prava trebali uzeti u obzir i opredjeliti se za njihovo normiranje ili prepuštanje posebnom zakonodavstvu.

Prof. Dr. BRANKO MORAIT
Full professor, Faculty of Law
University of Banja Luka
Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina, retired

MOTIVES AND REASONS FOR THE FORMATION OF INDIVIDUAL CIVIL LAW INSTITUTES

Summary

The assumption of a successful codification is the appropriate construction of the legal institutions that it contains. Legal institutions are formed for various reasons and motives. In this paper the author tried to investigate the reasons for which institutions *the monetary compensation for non-material damages* and *the burden of proving guilt* were formed and standardized.

Key words: non-material damage, codification, monetary compensation, burden of proof

Literatura

- Crnobrnja S., „Kultura neverice“, Kulturni dodatak, *Politika*, 2022.
- Gams A., *Uvod u građansko pravo- opšti dio*, Naučna knjiga, Beograd, 1977.
- Konstantinović M., *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, drugo izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 1969.
- Krneta S., „Lična prava“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom I, Savremena administracija, Beograd, 1978.
- Loza B., *Obligaciono pravo – opšti dio*, Sarajevo, 1981.
- Nikolić Đ., „Zakonska pretpostavka krivice u Srpskom obligacionom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2, Beograd, 2020.
- Perović S., *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996.

PREGLEDNI RAD

MARIJA IGNJATOVIĆ

PROCEDURALNA SREDSTVA ZA ZAŠTITU PRAVA UČESNIKA POMORSKOG PODUHVA TA U RIMSKOM PRAVU

Procvat rimske plovidbe i trgovine uslovio je potrebu za postojanjem pravne regulative da bi se rešavali problemi koji su se pojavljivali paralelno sa njenim razvojem. Pravna regulativa koja je nastajala kao izraz potreba stvarnog života u suštini je bila realistična jer se u njoj održavao stvarni život. Potreba za zaštitom interesa putnika kao korisnika usluga pomorskog prevoza javila se naročito u vreme razvoja kasno rimskog klasičnog prava i Justinijanovog prava. Propisivanje pravila koja imaju za cilj da obezbede zaštitu putnika prilikom pomorskog prevoza bilo je, s jedne strane, izraz nastojanja da se obezbedi siguran prevoz i transport robe, a s druge, da se intenzivira pomorski saobraćaj koji obezbeđuje dovoz hrane i druge robe pomorskim putevima. U cilju obezbeđenja sigurnosti pomorske plovidbe i opšte sigurnosti učesnika pomorskog poduhvata u rimskom pravu uvedena su određena proceduralna sredstva za zaštitu učesnika pomorskog poduhvata (actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum).

Ključne reči: proceduralna sredstva za zaštitu prava učesnika pomorskog poduhvata u rimskom pravu, actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum

U V O D

Potreba za zaštitom interesa putnika kao korisnika usluga pomorskog prevoza javila se naročito u vreme razvoja kasno rimskog klasičnog prava i Justinijanovog prava. Propisivanje pravila koja imaju za cilj da obezbede zaštitu putnika prilikom pomorskog prevoza bilo je, s jedne strane, izraz nastojanja da se obezbedi

Prof. dr Marija Ignjatović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: marija@prafak.ni.ac.rs.

siguran prevoz i transport robe, a s druge, da se intenzivira pomorski saobraćaj koji obezbeđuje dovoz hrane i druge robe pomorskim putevima.

Pretor je, da bi se zaštitili interesi korisnika pomorskih prevoznih usluga, najpre uveo posebnu tužbu, *actio furti et damni adversus nautas*, kao vid obezbeđenja sigurnosti i obeštećenja putnika na brodu kojom su faktički bila predviđena nova prava putnika i iz koje su proizlazile i nove obaveze broдача kao prevoznika. Uvođenje ove tužbe bilo je neizbežno budući da je ona bila osnovni uslov za izgradnju poverenja između davaoca i korisnika usluga pomorskog prevoza. Nepostojanje posebnog proceduralnog sredstva zaštite dovelo je do opšteg stanja nesigurnosti, pa su tako brođari vrlo često bili na „lošem glasu“, jer se smatralo da su organizovano delovali sa kradljivcima, a sve u nameri da sebi pribave protivpravnu imovinsku dobit. U Justinijanovom pravu pravna zaštita koja je pružana putem *actio furti et damni adversus nautas* proširena je i na gostioničare i vlasnike štala, ukoliko su lica zaposlena u ovim objektima oštetila ili ukrala stvar koja je pripadala putniku.

U sistemu pravne zaštite postojala je i *actio exercitoria*, tužba kojom je brođar (*exercitor*) odgovarao *in solidum* za obaveze, jer se polazilo od *praepositio*, jednostranog pravnog posla kojim je imenovao određeno lice za kapetana broda i istovremeno se prećutno obavezivao trećim licima da će preuzeti sve obaveze koje je preuzeo kapetan broda, kao da je lično prisustvovao zaključenju određenog pravnog posla. Uvođenje ovog vida odgovornosti, između ostalog, bilo je neophodno, jer je ona predstavljala osnov na kome se bazirao odnos poverenja između davaoca i korisnika usluga pomorskog saobraćaja u klasičnom periodu.

S obzirom na to da je pružanje pravne zaštite bilo vezano za rok, posle isteka roka od godinu dana od dana kada je šteta pričinjena, oštećeni je mogao da ostvari samo naknadu jednostrukog iznosa štete (*in simplum*) i to na osnovu posebnog pretorskog pakta *receptum nautarum cauponum et stabularum*.¹ Na osnovu ovog pakta, vlasnik broda je odgovarao za svaku štetu pričinjenu na robu koja mu je bila poverena na čuvanje u toku prevoza brodom, bez obzira da li je do nje došlo njegovom krivicom ili ne.²

U ovom radu biće analizirana navedena proceduralna sredstva za zaštitu prava učesnika pomorskog poduhvata u rimskom pravu.

ACTIO FURTI ET DAMNI ADVERSUS NAUTAS

Kada je u okviru Rimskog carstva došlo do razvoja pomorskog saobraćaja, pa samim tim i pomorske trgovine, javila se izražena potreba za zaštitom učesnika u pomorskim poduhvatima.

¹ Postojanje ovog posebnog pretorskog pakta, u klasičnom pravu, samo je pretpostavka.

² Jedino nije bio odgovoran u slučajevima *vis maior*.

Geografsko širenje i ekonomsko jačanje rimske države u IV i III veku pre nove ere izazvalo je razvoj pomorske plovidbe u periodu rimske republike što je uslovalo potrebu za stvaranjem novih pravnih pravila koja bi odgovarala novonastalim prilikama. Rim, u ovo doba više nije bio mala monolitna zajednica, koja se kao do tada prostirala na sedam brežuljaka (*septimontium*), već je obuhvatao čitavo Apeninsko poluostrvo na kome je živelo heterogeno stanovništvo a nakon pobeđe nad Kartaginom i celo Sredozemlje.

Sve zahtevnije potrebe trgovine, naročito u periodu nakon osvajanja Sredozemlja, nametale su nove zadatke u pravcu pronalaženja novih i efikasnijih rešenja u pogledu podela rizika zbog eventualnih šteta do kojih je dolazilo u toku prevoza robe brodom. Isto tako, javila se i potreba za zaštitom interesa putnika kao korisnika usluga pomorskog poduhvata.

U rimskom pravu čuvanje stvari putnika na brodu bilo je tretirano kao poseban slučaj ugovora o depozitu. Brodar je bio obavezan da čuva stvar koja mu je poverena u toku prevoza brodom. Nepoštovanje ove obaveze u klasičnom rimskom pravu rađalo je odgovornost broдача za izgubljenu stvar, kao rezultat *custodia*, tj. povećane odgovornosti dužnika. Na osnovu pravila o odgovornosti broдача koja je proizlazila iz ugovora o depozitu, kao posebnog realnog ugovora, iz koga je derivirala obaveza na čuvanje stvari poverenih broдарima, gostioničarima i vlasnicima štala, pretor je izveo novu tužbu *actio furti et damni adversus nautas* čime je omogućio pružanje adekvatne pravne zaštite putnicima kao kategoriji lica koja koristi transportne brodske pomorske usluge.

Po sadržini pravne zaštite koju je predviđala, *actio furti et damni adversus nautas* bila je pretorska tužba koja se podizala protiv vlasnika broда, gostioničara ili vlasnika štala ukoliko su lica zaposlena u ovim objektima oštetila ili ukrala stvar koja je pripadala putniku.

D. 4,9,1,0 (*Ulp. 14 ad ed.*): *AIT PRAETOR: „NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO“*.³

Ovom tužbom faktički je ustanovljeno pravo na naknadu štete i pravilo o odgovornosti ne samo po principu krivice već i pravilo o odgovornosti za drugog jer je vlasnik broда, a ne kapetan broда koji je upravljao plovidom u toku plovidbe, odgovarao za štetu koju su pričinila lica koja su bila zaposlena kod njega. Vlasnik broда, kao lice koje je odabralo i zaposlilo kapetana broда, odgovarao je za nastalu

³ Pretor kaže: kada su broдари, gostioničari i vlasnici štala primili stvar na čuvanje, protiv njih ću da dozvolim tužbu ukoliko ne vrate tu stvar vlasniku. V. Goce Naumovski, *Dogovor za depozit vo rimskoto i vo sovremenoto pravo* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Skopju, Skopje, 2007, 75.

štetu jer je, s jedne strane, on izvlačio korist od pomorskog prevoza, a s druge strane, u pitanju je bila lična obligacija nastala između vlasnika broda i kapetana broda, kao brodar, i odnos *intuitu personae* koji je nastao zbog njihovih međusobnih odnosa.

Kreiranjem *actio furti et damni adversus nautas* proširen je domen objektivne odgovornosti (*culpa in custodiendo*)⁴ u rimskom pravu.

Uvođenje ove tužbe bilo je neizbežno da bi se sprečilo opšte stanje nesigurnosti koje je vladalo u praksi. Uočeno je da postoji pojava da su kapetani brodova kao brodari često organizovano delovali sa kradljivcima u nameri da sebi pribave protivpravnu imovinsku dobit. Tužba *actio furti et damni adversus nautas* bila je izraz pravnopolitičkih razloga toga doba jer se verovalo da će postojanje pravila o odgovornosti brodar, i naknadi pričinjene štete, koja su indirektno proizlazila kroz priznavanje prava na pravnu zaštitu u datoj situaciji, biti osnov na kome će se bazirati i uspostaviti odnos poverenja između davaoca i korisnika usluga pomorskog saobraćaja. Osim toga, širenje pravne zaštite koja se ticala odnosa brodar i putnika nesumnjivo je uticala na razvoj i intenzitet pomorske plovidbe jer su putnici bili sigurni da će dobiti postuliranu pravnu zaštitu u slučaju da u toku pomorskog prevoza pretrpe štetu. Otuda je pretor isticao:

D. 4.9.1.1 (*Ulp. 14 ad ed*): *MATERIA DARETUR CUM FURIBUS ADVERSUS EOS QUOS RECIPIUNT COEUNDI, CUM NE NUNC QUIDEM ABSTINEANT HUTUSMODI FRAUDIBUS.*⁵

Tužbom *actio furti et damni adversus nautas* bilo je predviđeno da su vlasnici broda, gostioničari i vlasnici štala, dužni da plate dvostruku vrednost pretrpljene štete, čak i kada ona nije bila rezultat njihove aktivnosti. Dupliran iznos naknade štete bila je posledica shvatanja da su brodari, posredno bili „krivi“, jer su loše izabrali svoje pomoćnike (*culpa in eligendo*). Ona je predstavljala uvođenje principa odgovornosti za radnje drugog. Samo pravilo o naknadi duplog iznosa štete koju je dugovao brodar bilo je posledica potrebe da se obezbedi sigurnost putnika i garancija da će biti oštećen maksimalno, pogotovu u periodu opšte nesigurnosti ali i prevenira nastajanje štete prilikom pomorskog prevoza jer je proizlazilo da brodar

⁴ Termin *custodia* ima najmanje tri značenja: *conservatio* (pogrešno i vulgarno značenje); 2. određenu *potestas rei*, koja vezuje ili suprotstavlja *possessio* ponekad jednako sa *custodia fugitivorum, reorum, damnatorum, similium*; 3. pravno-tehničko značenje povezano sa *praestare* koje implicira određenu vrstu odgovornosti, *cura rei quam debitori creditor praestare debet*. Od svih značenja *custodia* je najbliža pažnji, očuvanju u određenom netehničkom značenju „starateljstvu“ nad „*res deposita*“. O tome: Vlado Bučkovski; Goce Naumovski – „*Analiza određenih koncepta ostave (depositum) u periodu klasičnog rimskog prava*“, Zbornik radova sa Prve međunarodne znanstvene konferencije pomorskog prava „*Suvremeni izazovi pomorske plovidbe*“ Split, 2016, 111.

⁵ D. 4.9,1,1 (*Ulp. 14 ad ed*): Da ovo nije ustanovljeno, pružila bi se mogućnost kradljivcima da sarađuju sa vlasnicima brodova i brodarima, protiv onih lica koja su poverila stvari na čuvanje.

treba da posluje u toku pomorskog prevoza sa povećanom pažnjom da se ne bi izložio riziku da kasnije plaća duplo nastalu štetu.⁶

Brodari su mogli da budu oslobođeni odgovornosti samo u slučaju da su dokazali da je do štete došlo usled *vis maior* (npr. ako je prtljag na brodu stradao u snažnoj buri ili ako su ga oteli razbojnici) i u slučaju da su sami uhvatili delikventa (npr. pirata) a da on nije bio u njihovoj službi.

Međutim, vremenom, a posebno u vreme Labea, brodaru je bilo dopušteno da uloži prigovor i mogao je da bude oslobođen odgovornosti ako je dokazao da je do štete došlo usled dejstva *vis maior* (npr. kada je prtljag na brodu stradao u snažnoj buri ili su ga oteli pirati) i u slučaju kada su članovi posade uhvatili delikventa (npr. pirata). Takođe, mogao je da bude oslobođen odgovornosti putem *praedictio*, ukoliko je postojao prethodni dogovor između korisnika usluga (putnika) i brodarka u vezi određenog rizika, i ukoliko se putnik složio da prihvata rizik plovidbe, odnosno prethodni dogovor o isključivanju odgovornosti „čuvara“.

D. 4.9.7.0 (*Ulp. 18 ad ed*): *DEBET EXERCITOR OMNIUM NAUTARUM SUORUM, SIVE LIBERI SINT SIVE SERVI, FACTUM PRAESTARE: NEC IMMERITO FACTUM EORUM PRAESTAT, CUM IPSE EOS SUO PERICULO ADHIBUERIT. SED NON ALIAS PRAESTAT, QUAM SI IN IPSA NAVE DAMNUM DATUM SIT: CETERUM SI EXTRA NAVEM LICET A NAUTIS, NON PRAESTABIT. ITEM SI PRAEDIXERIT, UT UNUSQUISQUE VECTORUM RES SUAS SERVET NEQUE DAMNUM SE PRAESTATURUM, ET CONSENSERINT VECTORES PRAEDICTIONI, NON CONVENITUR.*⁷

Povodom pravila o odgovornosti u rimskom pravu treba istaći i da je vlasnik broda bio odgovoran samo za štetu koju su prčinila zaposlena lica, bez razlike da li su to bili slobodni, oslobođenici ili robovi i ako je do štete došlo na samom brodu. S obzirom na to da je u pitanju bio princip odgovornosti za drugog, ukoliko su štetu prčinila navedena lica ali van broda, vlasnik broda se oslobađao od odgovornosti.

Tužba *actio furti et damni adversus nautas* mogla je da se podigne u roku od godinu dana od dana prčinjene štete i predviđena naknada štete koja je mogla da se dosudi, dosuđivana je u dvostrukom iznosu od stvarno nastale štete (*in duplum*).⁸ Osnov odgovornosti je bio u odgovornosti za drugog.

⁶ V. Marija Ignjatović, *Osnovi rimskog pomorskog prava*, Medivest, Niš, 2019, 157–158.

⁷ D. 4.9.7.0 (*Ulp. 18 ad ed*): Ukoliko je postojao prethodni dogovor između korisnika usluga (putnika) i brodarka u vezi određenog rizika, i ukoliko se korisnik usluga, saglasio sa tim, u tom slučaju je postojala ograničena odgovornost vlasnika broda i brodarka ili uopšte nije postojala odgovornost, ako je postojao prethodni dogovor o isključivanju odgovornosti „čuvara“.

⁸ Polazilo se od pretpostavke da je vlasnik broda odgovoran, jer je u službu uzeo nesigurna lica (D, IV, 9,7,4). V. Dragoljub Stojčević, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd, 1960, 131.

U Justinijanovom pravu bio je proširen krug lica za koje je vlasnik broda odgovarao. On nije odgovarao samo kada su štetu prčinila lica zaposlena na brodu, već je odgovarao i za nameštenike i članove porodice.⁹ U ovom slučaju, vlasnik broda je, na osnovu posebne tužbe *actio in factum*, bio osuđivan da plati dvostruki iznos štete.

ACTIO EXERCITORIA

Odgovornost broдача je proizlazila i na osnovu *actiones adiecticiae qualitatis* i pravna zaštita je bila predviđena posebnom tužbom *actio exercitoria*.

Actio exercitoria bila je tužba koja se podizala kada bi *pater familias* postavio lice *alieni iuris* ili roba za kapetana broda (*magister navis*). Ako bi u toku plovidbe došlo do havarije, po sigurnom uplovljavanju u luku, kapetan broda je imao pravo da zatraži zajam od bankara radi popravke broda. Bankar, kao poverilac bio je dužan da proveri da li je zaista postojalo ovlašćenje od strane *pater familias*-a za upravljanje brodom, kao i da li je brod tokom plovidbe imao kakav kvar. Ako je bankar to ustanovio, nastajala je obaveza za *pater familias*-a, čak i u onim situacijama kada bi taj zajam rob ili lice *alieni iuris* prokockalo ili propilo. Smatralo se da nije dužnost bankara da vodi računa o ovlašćenom licu, već je dužnost *pater familias*-a da brine i pazi kome poverava vršenje svojih poslova.

Brodarskom tužbom (*actio exercitoria*) broдар (*exercitor*) je odgovarao *in solidum*, jer se polazilo od *praepositio*, jednostranog pravnog posla, kojim je imenovao određeno lice za kapetana broda i istovremeno se prećutno obavezivao trećim licima da će preuzeti sve obaveze koje je preuzeo kapetan broda, kao da je lično prisustvovao zaključenju određenog pravnog posla.

Uvođenje ovog vida odgovornosti, bilo je neophodno jer je predstavljalo osnov na kome se bazirao odnos poverenja između davaoca i korisnika usluga pomorskog saobraćaja u klasičnom periodu. Na taj način je trećim licima omogućeno da pored tužbe protiv kapetana broda podignu i tužbu kojom se zahteva pun iznos potraživanja protiv vlasnika broda (*exercitor*).¹⁰

D. 14.1.1. (*Ulp. 28 ad ed*): *UTILITATEM HUIUS EDICTI PATERE NEMO EST QUI IGNORET. NAM CUM INTERDUM IGNARI, CUIUS SINT CONDICIONIS*

⁹ Smatra se da se sve do Justinijanovog prava ovaj sistem odgovornosti odnosio samo na brođare, a da je tek od tog doba bio proširen i na gostioničare i vlasnike štala. V. Paul Huvelin, *Droit commercial Romain*, Paris, 1929, 135–159.

¹⁰ Ustanovljavajući tužbu *actio exercitoria*, pretor se nije rukovodio načelom zastupanja kao temeljem, nego mu je cilj bio da reši praktične probleme koji su se javljali u okviru pomorske trgovine. Detaljnije, Vilma Pezelj, Mirela Šarac, *Ogledi iz rimskog i dalmatinskog statutarnog pomorskog prava*, Split, 2019, 16.

VEL QUALES, CUM MAGISTRIS PROPTER NAVIGANDI NECESSITATEM CONTRAHAMUS, AEQUUM FUIT EUM, QUI MAGISTRUM NAVI IMPOSUIT, TENERI, UT TENETUR, QUI INSTITOREM TABERNAE VEL NEGOTIO PRAEPOSUIT, CUM SIT MAIOR NECESSITATIS CONTRAHENDI CUM MAGISTRO QUAM INSTITORE. QUIPPE RES PATITUR, UT DE CONDICIONE QUIS INSTITORIS DISPICIAT ET SIC CONTRAHAT: IN NAVIS MAGISTRO NON ITA, NAM INTERDUM LOCUS TEMPUS NON PATITUR PLENIUS DELIBERANDI CONSILIUM.¹¹

Odgovornost vlasnika broda *in solidum* (za ceo iznos) opravdavana je činjenicom da je osnov njegove odgovornosti bila njegova *voluntas* koja je upravo najviše dolazila do izražaja prilikom imenovanja određenog lica za kapetana broda.

S obzirom na to da je pravni posao povodom prevoza, bez obzira da li se radilo o prevozu robe ili putnika, kapetan broda zaključio po naređenju *pater familias*-a ili vlasnika broda, kao njegov zastupnik, u toj situaciji pretor je ustanovio solidarnu tužbu protiv *pater familias*-a ili vlasnika broda. Ovakvo rešenje u pogledu pravne zaštite korisnika usluge prevoza i odgovornosti vlasnika broda bilo je sasvim opravdano, jer je kapetan broda, koji je zaključio ugovor o prevozu, bio dužan da vodi brigu o nameri *pater familias* -a ili vlasnika broda i njegovim interesima. S druge strane, za korisnika usluge prevoza bila je bitna namera *pater familias*-a ili vlasnika broda da pruži uz naknadu uslugu prevoza morem, a ne namera kapetana broda, kao sina *pater familias*-a ili njegovog roba.

Visok nivo odgovornosti vlasnika broda bila je posledica shvatanja da je dužnost svakog *pater familias*-a, posebno kod imenovanja kapetana broda, bila da brine i pazi „koga pod svoj krov prima“ i kome poverava vršenje sopstvenih poslova. U slučaju nepoštovanja pravila o savesnom i brižljivom izboru kapetana broda kome je bilo povereno upravljanje brodom, bilo da je do toga došlo namerno ili iz razloga nebrižljivosti, *pater familias* je bio dužan da ili nadoknadi štetu *in solidum* ili da preda delikventa oštećenom u *mancipium*, kako bi svojim radom nadoknadio gubitak u imovini tužioca.

Pojačana odgovornost vlasnika broda kao *exercitor*-a, po rečima Ulpijana, objašnjavana je velikom važnošću koji je imala pomorska plovidba za državnu zajednicu. Zahvaljujući pomorskoj plovidbi zadovoljavane su narasle potrebe ne samo

¹¹ D. 14.1.1. (*Ulp. 28 ad ed*): Nema nikog ko ne zna da je korist od ovog edikta opšte poznata. Budući da zbog nužnosti pomorskog prevoza učestalo zaključujemo ugovore sa kapetanima, ne poznajući njihov lični status ili njihove lične osobine, bilo je pravično da se ustanovi odgovornost onog koji je imenovao kapetana kao i onog koji je postavio poslovođu za vođenje trgovine. Više postoje potrebe da se zaključuju ugovori sa kapetanom nego sa poslovođom. Okolnosti ipak dopuštaju da se sazna lični status poslovođe i da se tek potom zaključi ugovor. Tako nije kod kapetana, jer mesne i vremenske prilike često ne dopuštaju da se ostvari namera iscrpnog raspitivanja.

za hranom, u prvom redu žitom, već i drugim proizvodima koji su dopremani zahvaljujući pomorskom transportu, kao i novim kontingentima robova.

Gai, Inst. 4.70: *IN PRIMIS ITAQUE SI IUSSU PATRIS DOMINIVE NEGOTIUM GESTUM ERIT, IN SOLIDUM PRAETOR ACTIONEM IN PATREM DOMINUMVE COMPRAVIT; ET RECTE, QUIA QUI ITA NEGOTIUM GERIT MAGIS PATRIS DOMINIVE QUAM FILII SERVIVE FIDEM SEQUITUR.*

Odgovornost vlasnika broda nije bila *omnis culpa*. U nekim slučajevima odgovarao je i za stručnost članova svoje posade i svojih pomoćnika, a u nekim slučajevima i za *custodia*.

Pitanje brodarka odgovornosti za naknadu štete kod *actio exercitoria* nikada nije bilo sporno. Ovo otud što su se u njegovoj službi nalazila ne samo slobodna već i podčinjena lica, lica *alieni iuris* i robovi. Ova lica nisu imala svoju imovinu, pa je bilo prirodno da vlasnik odgovara za štetu koju bi ona prouzročila u toku poslovanja brodom. Nepostojanje imovine značilo je i da nije postojala imovina koja bi mogla da se iskoristi za naknadu štete, pa je bilo prirodno da vlasnik koji je zaposlio to lice odgovara za nastalu štetu i nadoknadi je. Međutim, ono što je izazivalo suprotna shvatanja još od najranijeg perioda, bilo je pitanje da li kod ove tužbe treba govoriti o odgovornosti brodarka *in solidum* ili je ipak njegovu odgovornost trebalo svesti na neku razumnu meru i odrediti je kao odgovornost *de peculio* (do visine pekulijuma).

Kako je u klasičnom pravu akcentat kod *actio exercitoria* isključivo bio stavljen na *voluntas* brodarka, jasno je da je klasično pravo stajalo na stanovištu da je odgovornost brodarka kod poslova koje su zaključivala imenovana lica bila *in solidum*, i pored prisutnih mišljenja da se ova situacija može posmatrati i kao začetak poslova zastupanja, pa da u tom slučaju ima mesta umanjenju brodarka odgovornosti. Preovladalo je shvatanje da je osnov brodarka odgovornosti bila njegova *voluntas* da određeno lice imenuje za kapetana broda, koje bi po njegovom nalogu zaključivalo određeni posao, pa je otuda njegova odgovornost bila za ceo iznos štete i trajna. To je dalje značilo da je, i nakon njegove smrti, druga ugovorna strana mogla da tuži brodarka naslednike. Osim toga, odgovornost brodarka nije prestajala ni u slučaju smrti kapetana broda ili promene njegovog statusa.

Međutim, pojedini pravni izvori, kao npr. četrdesetsedma knjiga Justinijanovih *Digesta* navodi i slučajeve kada je brodarka mogao da se oslobodi odgovornosti za naknadu štete. Tako je bilo predviđeno da je u slučaju krađe (*furtum*) brodarka mogao da se oslobodi odgovornosti noksalom predajom roba koji je izvršio ovaj delikt.

D. 47.5.1.5 (*Ulp. 38 ad ed.*): *SERVI VERO SUI NOMINE EXERCITOR NOXAE DEDENDO SE LIBERAT. CUR ERGO NON EXERCITOR CONDEMNENTUR, QUI SERVUM TAM MALUM IN NAVE ADMISIT? ET CUR LIBERI QUIDEM HOMINIS NOMINE TENENTUR IN SOLIDUM, SERVI VERO NON TENENTUR?*

NISI FORTE IDCIRCO, QUOD LIBERUM QUIDEM HOMINEM ADHIBENS STATUERE DEBUI DE EO, QUALIS ESSET, IN VERO SUO IGNOSCENDUM SIT EI QUASI IN DOMESTICO MALO, NOXAE DEDERE PARATUS ST. SI AUTEM ALIENUM ADHIBUIT SERVUM, QUASI IN LIBERO TENEBITUR.

Međutim, ovde se logično postavlja pitanje zašto u ovom slučaju brodar nije odgovarao kao i kada je krađu počinio neko od članova posade kad je brodar odgovarao za ceo iznos?

Povodom oslobađanja od odgovornosti za nastalu štetu i načina njenog saniranja ukoliko je ona posledica krađe kao delikta koji je izvršio neki od članova posade a ne rob, postavilo se pitanje zbog čega je brodar odgovarao za celokupni iznos štete. Ukoliko članovi posade nisu bili robovi, već slobodni ljudi, koje je vlasnik broda ili kapetan broda angažovao za poslove na brodu tokom pomorskog prevoza, brodar je po principu objektivne odgovornosti odgovarao za štetu koju su oni počinili po principu odgovornosti za drugog jer je bio dužan da vodi računa o kvalitetima lica koje uzima u službu i kojima poverava obavljanje poslova i zadataka u toku plovidbe.

Ukoliko bi se dogodilo da su u toku prevoza krađu počinili putnici, važila su posebna pravila o naknadi pričinjene štete. U tom slučaju brodar nije odgovarao za naknadu pričinjene štete na brodu u toku prevoza. Brodar je mogao da se oslobodi odgovornosti jer se smatralo da on ne bira putnike, niti je pak mogao da odbije da im pruži prevoznu uslugu na putovanju, odnosno na brodu. Iz tog razloga on nije odgovarao za radnje putnika i u tom pogledu važio je princip lične deliktne odgovornosti.

D. 47.5.1.6 (Ulp. 38 ad ed.): CAUPO PRAESTAT FACTUM EORUM, QUI IN EA CAUPONA EIUS CAUPONAE EXERCENDAE CAUSA IBI SUNT, ITEM EORUM, QUI HABITANDI CAUSA IBI SUNT: VAITORUM AUTEM FACTUM NON PRAESTAT. NAMQUE VIATOREM SIBI ELIGERE CAUPO VEL STABULARIUS NON VIDETUR NEC REPELLERE POTEST ITER AGENTES: INHABITATORES VERO PERPETUOS IPSE QUODAMMODO ELEGIT, QUI NON REIECIT, QUORUM FACTUM OPORTET EUM PRAESTARE. IN NAVI QUOQUE VECTORUM FACTUM NON PRAESTATUR.

Brodar je mogao da se oslobodi odgovornosti i onda kada je dokazao da je do štete došlo usled dejstva *vis maior*. Radi se o višoj sili npr. kada je prtljag na brodu stradao u snažnoj buri ili su ga oteli pirati. Brodar je mogao da se oslobodi odgovornosti i u slučaju da su sami putnici uhvatili delikventa (npr. pirata), a da on nije bio u njihovoj službi ili u službi brodara ili u komplotu s njim.

Brodar je bio odgovoran samo za štetu do koje je došlo na samom brodu. Ukoliko je šteta bila pričinjena van broda, pošto je roba iskrcana, brodar se oslobađao odgovornosti bez obzira ko je bio štetnik.

Izložena pravila o brodarevoj odgovornosti važila su u periodu klasične rimske pravne nauke. Međutim, sa opštom dekadencijom društva do koje je došlo u postklasičnom periodu, periodu dominata, nastupile su određene izmene u konceptu brodareve odgovornosti. Nestabilnost novca, stavljanje svih grana privrede (zanatstvo, trgovina, saobraćaj, rudarstvo i dr.) u službu poljoprivrede, nesigurnost plovidbe na moru, direktno su uticali na izmenu koncepta brodareve odgovornosti. Ona više nije, kao u prethodnom periodu, svoje utemeljenje tražila u *voluntas* brodarka, već se akcenat stavljaio na sigurnost plovidbe i zaštitu interesa putnika. S tim u vezi, da bi osigurao svoje interese, korisnik prevoza kao druga ugovorna strana morao je da se, pre zaključenja ugovora sa kapetanom broda, informiše o granicama njegovih ovlašćenja, kao i o onome što je bilo navedeno u *praepositio*. Takođe, morao je da se informiše i o samoj ličnosti *exercitor*-a, kao i o tome da li će on u krajnjem snositi odgovornost za obaveze iz poslova koje su za njega zaključila ovlašćena lica.

Opšta nestabilnost u Carstvu, loši privredni odnosi, dekadencija koja je zahvatila sve pore rimskog društva, bili su samo neki od razloga zašto je u ovom periodu država sve češće intervenisala u oblasti pomorstva i pomorskog prava, u nameri da uspostavi kontrolu i na ovu oblast prava. Tako u Justinjanovom Kodeksu (*lib. 11, tit. 2-6*) postoji niz carskih konstitucija kojima se regulišu određena pitanja vezana za pomorstvo; subvencije za brodare koji prevoze robu za državu; kazne za napadače trgovačkih brodova; smrtna kazna za prevoznike državne robe koji bi promenili maršutu plovidbe i plovili bi uz opasne obale i time ugrozili teret. Ovo su samo neke od intervencija države u oblasti pomorskog prava iz perioda Justinijana, i predstavljaju uvod u državnu kontrolu u oblasti pomorstva koja je usledila u srednjem veku.

RECEPTUM NAUTARUM CAUPONUM ET STABULARUM

Da bi se omogućilo pružanje adekvatne pravne zaštite putnicima kao kategoriji lica koja koristi transportne brodske pomorske usluge pretor je ediktom *De receptis*, uveo još jedno proceduralno sredstvo pravne zaštite – *receptum nautarum*.¹²

U rimskom pravu nije postojao samostalan ugovor kojim bi bilo regulisano pitanje pomorskog transporta i pomorske plovidbe. U nedostatku ovakvog posebnog ugovora, svi poslovi rimskog pomorskog transporta obavljali su se u formi posebnog konsensualnog ugovora *locatio-conductio*. U zavisnosti od predmeta posla, razlikovala su se dva ugovora: ugovor o prevozu putnika i robe (*locatio-conductio*

¹² Detaljnije, Marija Ignjatović, Aleksandar Djordjević, „*Receptum Nautarum as an Instrument for Insuring Goods and Passengers in Maritime Transport*“, *Ius Romanum*, Zbornik radova, Šesta međunarodna Balkanska konferencija za rimsko pravo i rimskopravnu tradiciju „*Mare Nostrum*“, br. 2, Sofia, 2021, 153-159.

rerum vehendarum i *locatio-conductio personarum vehendarum* i ugovor o zakupu broda (*locatio-conductio rei - loca in nave conducere*).

Kod ugovora *locatio-conductio personarum vehendarum*, pod prevoženom robom podrazumevao se samo prtljag putnika. Zaključujući pored ovog ugovora i *receptum nautarum*, brodar je preuzimao strogu odgovornost i za prevožene stvari. Takođe, *exercitor* je mogao da zaključi i *receptum nautarum* o trgovačkoj robi, pri čemu je odgovornost brodara obuhvatala i odgovornost za stvari i robu prijatelja robe. Dakle, predmet *receptum nautarum* su bili roba i stvari putnika koji su prevoženi brodom.

Receptum nautarum nastao je kao rezultat potrebe da se putnicima osigura naknada oštećenih, uništenih ili ukradenih stvari i u onim slučajevima kada to nije moglo da se pripiše brodarevoj odgovornosti na osnovu ugovora *locatio-conductio rei*.

U vreme uvođenja *receptum nautarum* se definisao kao posebno pravno sredstvo, neformalni sporazum, sa specijalnom (*accidentalia negotii*) prirodom konsensualnog ugovora o garanciji, jemstvu, koji je istovremeno bio i akcesorne prirode, jer je stajao uz ugovor o prevozu *locatio-conductio*.

Po svojoj pravnoj prirodi *receptum nautarum* bio je sporazum koji su, pored redovnog ugovora *locatio-conductio*, zaključivali *exercitor navis* ili lice koje je on imenovao za kapetana broda sa trgovcem ili sa putnikom aktom *praepositio*. Ovim sporazumom *exercitor* se dodatno obavezivao da će stvari trgovca ili putnika koje su predate za prevoz neoštećeno da transportuje do mesta odredišta.

D. 4.9.1.0 (*Ulp.14 ad ed*): *AIT PRAETOR: NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO.*

U romanističkoj teoriji je sporno pitanje prirode ovog sporazuma.

Prema zagovornicima da je reč o jednom *accidentalia negotii* ugovoru, ovaj ugovor nije moguć bez jednog prethodno zaključenog ugovora i svoje shvatanje baziraju na Ulpinijanovom tekstu D. 47.5.1.4, u kome se o *receptum nautarum* govori u kontekstu prethodno zaključenog ugovora *locatio-conductio*.

D. 47.5.1.4 (*Ulp. 38 ad ed.*): *QUOD SI RECEPERIT SALVUM FORE CAUPO VEL NAUTA, FURTI ACTIONEM NON DOMINUS REI SUBREPTAE, SED IPSE HABET, QUIA RECIPIENDO PERICULUM CUSTODIAE SUBIT.*

Prema drugom shvatanju, *receptum nautarum* bio je samostalan ugovor, koji je uveden radi regulisanja pomorskog prevoza mnogo pre *locatio-conductio operis faciendi*. Ipak, većina autora se priklanja prvom tumačenju, prema kome je u pitanju samo dodatni sporazum kojim se obezbeđivala još veća sigurnost učesnika pomorske plovidbe. U postklasičnom pravu *receptum nautarum* je izgubio karakter konsensualnog ugovora o jemstvu i postao je *naturale negotii locatio-conductio rei*.

Pomoću *receptum nautarum exercitor* je garantovao da će preuzeti na sebe odgovornost za sve stvari unete na brod i da će da ih preveze neoštećene „*res salvas fore*“. Pri tom se *exercitor* obavezivao da će bez obzira na krivicu da odgovara za svaku štetu i gubitak do kojeg je došlo na stvarima unetim na brod. To dalje znači da je sklapanjem *receptum nautarum* brodareva odgovornost za robu postala neograničena (odgovornost za *custodia*).

Ukoliko brodar ne bi ispunio svoju obavezu, bila je, prema pretorovom ediktu dozvoljena *actio ex recepto* protiv brodarku koju su mogli da podignu trgovac ili putnik.

Iako je pretorovim ediktom bila dozvoljena posebna tužba, kao vid posebne pravne zaštite, Ulpijan je isticao da se ovde nije radilo o *actio de recepto*, već o *actio in factum*, koja je bila usmerena na vraćanje stvari i eventualnu naknadu štete.

Actio de recepto bila je reipersekutorna tužba i glasila je, za razliku od *actio in factum* i *actio furti et damni adversus nautas, in simplum* što je značilo da je *exercitor* odgovarao za svaku štetu i gubitak, bez obzira kako je do njih došlo.

Prema prvobitnom tekstu Edikta, brodar je odgovarao i za sve oblike više sile. Očigledno je da je uvođenjem ovako stroge tužbe namera pretora bila da s jedne strane pooštri odgovornost brodarku, a da u isto vreme obezbedi veći stepen sigurnosti putnika i robe tokom prevoza morem.

Međutim, u teoriji se mogu čuti i drugačija shvatanja, pa je tako Labeo smatrao da nije bilo u redu da se ovakvo proceduralno sredstvo omogućiti vlasniku stvari u onim slučajevima kada je stvar izgubljena u brodolomu usled dejstva *vis maior*, ili kada je izgubljena u slučaju nasilnog ponašanja od strane pirata na moru.

Shvatanje Labea dovelo je i do relativizacije odgovornosti brodarku za stvari poverene na čuvanje u toku prevoza morem, jer je navodio sledeće: prvo, odgovornost brodarku se svodila samo na one slučajeve kada je do štete došlo usled prevoza robe morem (osim slučajeva *vis maior*) i kada je šteta bila učinjena od strane samog vlasnika broda ili lica koje je on zaposlio u svojoj službi. Drugo, ukoliko je postojao prethodni dogovor između korisnika usluga (putnika) i brodarku u vezi određenog rizika, i ukoliko se putnik složio da prihvata rizik plovidbe, odnosno prethodni dogovor o isključivanju odgovornosti „čuvara“, u tom slučaju je postojala ograničena odgovornost brodarku ili uopšte nije postojala.

U postklasičnom pravu *receptum nautarum* je izgubio karakter konsensualnog ugovora o jemstvu i postao je *naturale negotii* kod *locatio-conductio rei*. U Justinijanovom pravu bio je regulisan kao zakonska obaveza koja je prećutno nastajala u trenutku unosa robe i ulaska putnika na brod i više nije obuhvatala slučajeve *vis maior*. U slučaju primene ovog proceduralnog sredstva zaštite prava učesnika pomorskog poduhvata brodarku je ostavljena mogućnost prigovora *praedictio* tj. javnog proglasa sa kojim su se putnici unapred saglašavali.

U Justinijanovom pravu *receptum nautarum* više nije sadržao nikakvo jemstvo za višu silu, a odgovornost brodaru je relativizovana, jer je brodaru pružena mogućnost da se putem *praedictio* oslobodi odgovornosti u slučaju da su se putnici putem javnog proglasa sa tim složili.

Pored navedenih i proceduralnih sredstava za zaštitu učesnika pomorskog poduhvata oštećeni je mogao da ostvari pravnu zaštitu koristeći i tužbe *actio legis Aquiliae*,¹³ da bi mu bila nadoknađena stvarna šteta ili *actio furti*,¹⁴ po osnovu deliktne odgovornosti, ukoliko su one za njega bile povoljnije.

Prof. Dr. MARIJA IGNJATOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Niš

PROCEDURAL MEANS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE PARTICIPANTS OF A MARITIME ENTERPRISE IN ROMAN LAW

Summary

The flourishing of Roman navigation and trade caused the need for the existence of legal regulations in order to solve the problems appeared with its development. The legal regulation that was created as an expression of the needs of real life was essentially realistic because it maintained real life. The need to protect the interests of passengers as users of maritime transport services arose especially during the development of late Roman classical law and Justinian's law. Prescribing rules aimed at ensuring the protection of passengers during maritime transport was, on the one hand, an expression of efforts to ensure safe transportation and transport of goods, and on the other, to intensify maritime traffic that ensures the delivery of food and other goods by sea. In order to ensure the safety of maritime navigation and the general safety of participants in maritime undertakings, certain procedural means were introduced in Roman law for the protection of participants in maritime undertakings. (*actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum*).

Key words: procedural means for the protection of the rights of participants in a maritime enterprise in Roman law, *actio furti et damni adversus nautas, actio exercitoria, receptum nautarum cauponum et stabularum*

¹³ *Lex Aquilia de damno* (287. g.p.n.e.), bio je zakon kojim su ukinuta sva dotadašnja pravila o obeštećenju (talion, dobrovoljna i zakonska kompenzacija), zasnovana na principu odmazde, i po prvi put su bila predviđena pravila o naknadi konkretno pričinjene štete. Na osnovu njega zasnovana je tužba *actio legis Aquiliae*. Detaljnije, Samir Aličić, *Imovinska šteta u rimskom klasičnom pravu*, Sarajevo, 2017.

¹⁴ Bilo je procesualno sredstvo koje se podizalo protiv neposrednog učinioca krađe, ali i svakog onog čijom je pomoću i savetom delikt izvršen (*cuius ope consilium furtum factum est*). Detaljnije, Marija Ignjatović, *Theft on Board of a Vessel as a special form of Theft in Roman Law*, *The Journal of International Maritime Law*, Lawtext Publishing, Vol. 25, Issue 2 March-April, 2019, Witney, 147-155.

Literatura

- Aličić S., *Imovinska šteta u rimskom klasičnom pravu*, Sarajevo, 2017.
- Bučkovski V., Naumovski G., *Analiza određenih koncepta ostave (depositum) u periodu klasičnog rimskog prava*, Zbornik radova sa Prve međunarodne znanstvene konferencije pomorskog prava „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe“, Split, 2016.
- Huvelin P., *Droit commercial Romain*, Paris, 1929.
- Ignjatović M., Đorđević A., *Receptum Nautarum as an Instrument for Insuring Goods and Passengers in Maritime Transport, Ius Romanum*, Zbornik radova, Šesta međunarodna Balkanska konferencija za rimsko pravo i rimskopravnu tradiciju „Mare Nostrum“, br. 2, Sofia, 2021.
- Ignjatović M., *Osnovi rimskog pomorskog prava*, Medinvest, Niš, 2019.
- Ignjatović M., *Theft on Board of a Vessel as a special form of Theft in Roman Law*, The Journal of International Maritime Law, Lawtext Publishing, Vol. 25, Issue 2 March-April, Witney, 2019.
- Naumovski G., *Dogovor za depozit vo rimskoto i vo sovremenoto pravo* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Skopju, Skopje, 2007.
- Pezelj V., Šarac M., *Ogledi iz rimskog i dalmatinskog statutarnog pomorskog prava*, Split, 2019.
- Stojčević D., *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd, 1960.

PREGLEDNI RAD

Svojina i druga stvarna prava

NINA PLANOJEVIĆ

KONCEPT I PREDMET ETAŽNE SVOJINE U SRPSKOM, SLOVENAČKOM I HRVATSKOM PRAVU

Dok su evropske države regulativu etažne svojine usavršavale gotovo stotinu godina unazad, u našoj državi i državama regiona je ozbiljniji rad u tom pravcu bio moguć tek kada je ona krajem 20. veka zaživela u punom obimu, otkupom društvenih stanova. Autor u radu vrši analizu i komparaciju domaćih rešenja o konceptu i predmetu etažne svojine, kao dva ključna segmenta ovog instituta, sa rešenjima republika Hrvatske i Slovenije. Hrvatska i Slovenija su države regiona koje su nakon raspada bivše Jugoslavije među prvima regulisale materiju etažne svojine; i države čija rešenja predstavljaju dva suprotna modela uređenja ovog instituta. Pošto je Srbija tek pre par godina Zakonom o stanovanju i održavanju zgrada etažnu svojinu regulisala na nov, sistematičan i celovit način, autor smatra da su se stekli uslovi za vrednosnu ocenu domaćih rešenja i utvrđivanje daljeg pravca njihovog razvoja kroz komparaciju sa rešenjima hrvatskog i slovenačkog prava.

Ključne reči: koncept etažne svojine, predmet etažne svojine, etažna svojina u srpskom pravu, etažna svojina u slovenačkom pravu, etažna svojina u hrvatskom pravu

U V O D

U čitavoj Evropi, pa i kod nas, etažna svojina danas predstavlja najvažniji modalitet svojine na nepokretnostima, kako sa praktične, tako i sa normativne i teorijske tačke gledišta. U praksi, zbog velikih migracija stanovništva, ograničenog obima građevinskog zemljišta i nižih troškova gradnje, milioni ljudi više ne žive

Prof. dr Nina Planojević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: nplanojevic@jura.kg.ac.rs.

u individualnim kućama sa dvorištem, već krov nad glavom pronalaze u zgradama za kolektivno stanovanje, sa sve više spratova i stanara. Milioni ljudi takođe rade u poslovnim prostorima koji su smešteni u nebodere, a vozila garažiraju u pravim podzemnim višespratnicama. U ovakvim okolnostima, adekvatna regulativa etažne svojine i teorijska obrada spornih pitanja, kao vid podrške zakonodavcu i onima koji primenjuju pravo, postali su izuzetno važni.

I dok su evropske države regulativu etažne svojine usavršavale gotovo stotinu godina unazad,¹ u našoj državi i državama regiona je ozbiljniji rad u tom pravcu bio moguć tek kada je ona krajem 20. veka zaživela u većem obimu, kroz privatizaciju stambenog fonda otkupom društvenih stanova.² I ako nije bilo lako nadomestiti izgubljeno vreme i odmah adekvatno regulisati etažnu svojinu, danas je ona novim propisima uređena u svim državama regiona. Ipak, najviše problema sa regulativom ovog instituta imala je naša država, u kojoj je etažna svojina decenijama bila parcijalno uređena u više različitih zakonskih tekstova, koji su, zbog nedovoljnog iskustva sa ovom materijom, imali dosta pravnih praznina, ali i neadekvatnih rešenja, pa su često menjani i dopunjavani.

Međutim, pre par godina je konačno i kod nas etažna svojina celovito, sistematično i temeljno uređena novim Zakonom o stanovanju i održavanju zgrada. Pošto je prošlo dovoljno vremena da bi se kroz primenu u praksi mogao sagledati domet i svrsishodnost njegove regulative, mišljenja smo da je pravi trenutak za analizu i komparaciju domaćih rešenja sa rešenjima drugih država našeg regiona, sa kojima nas povezuje zajednička pravna tradicija. Komparaciju domaćih propisa vršićemo sa propisima republika Hrvatske i Slovenije, kao dve države regiona koje su, s jedne strane, među prvima regulisale materiju etažne svojine; a s druge strane, čija rešenja predstavljaju dva suprotna modela uređenja ovog instituta – koja su, sa više ili manje izmena, preuzele i ostale članice bivše Jugoslavije. Pošto obim našeg rada ne dozvoljava komparaciju rešenja u vezi svih segmenata ovog instituta, ograničićemo se na dva najvažnija pitanja: koncept etažne svojine i njen predmet. U zaključnom delu rada iznećemo rezultate naših analiza i ocenu domaćih rešenja u odnosu na rešenja hrvatskog i slovenačkog prava. Pošto su Slovenija i Hrvatska i jedine države regiona koje su članice Evropske unije (nadalje: EU), a u pravnoj teoriji se smatra³

¹ Prvi propis o etažnoj svojini u 20. veku donet je u Belgiji 1924, zatim u Italiji 1934, u Francuskoj 1938. itd.

² Više o tome: Nina Planojević, „Karakteristike privatizacije stambenog fonda u Republici Srpskoj, sa osvrtom na rezultate ovog procesa u SRJ“, *Pravni život*, br. 5–6, Beograd, 2001, 131 i dalje.

³ O tome više: Dušan Nikolić, „Ujednačavanje stvarnog prava – putevi i stranputice“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3, Rijeka, 2003, 297 i dalje; D. Nikolić, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava – elementi za strategiju razvoja pravne regulative*, Novi Sad, 2004, 113 i dalje.

da je u oblasti stvarnog prava najpoželjnija dobrovoljna regionalna harmonizacija propisa država EU međusobno, ali i sa državama koje pretenduju da to budu – naše analize predstavljajuće i doprinos ovom procesu.

KONCEPTI ETAŽNE SVOJINE U SRPSKOM, SLOVENAČKOM I HRVATSKOM PRAVU

Da bismo mogli da izvršimo komparaciju načina na koji je etažna svojina koncipirana u domaćem, slovenačkom i hrvatskom pravu, najpre ćemo prikazati rešenja o kojima je reč za svaku državu ponaosob. U poslednjem delu ovog poglavlja izložićemo sličnosti i razlike između njih i dati njihovu vrednosnu ocenu.

Pojam i koncept etažne svojine u srpskom pravu

U srpskom pravu etažna svojina je priznata i pojmovno uređena čl. 19 Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (nadalje: ZOSPO)⁴ iz 1980, koji važi i danas, dok je njena detaljnija regulativa prepuštena posebnom zakonu. Od skora ona je sistematično i celovito uređena Zakonom o stanovanju i održavanju zgrada⁵ iz 2016.

Etažna svojina je kod nas koncipirana kao pravo, koje za svakog etažnog vlasnika ponaosob podrazumeva: – svojinu na posebnim delovima zgrade; – zajedničku svojinu⁶ na zajedničkim delovima zgrade; i – susvojину na zemljištu na kome se ona nalazi. Svojina posebnog dela zgrade je glavno pravo, dok su druga dva prava akcesornog karaktera, pa se stiču i prestaju istovremeno sa svojinom na posebnom delu.⁷ Etažna svojina, međutim, nije mehanički zbir tri navedena prava, već nova celina, kompleks navedenih prava jednog lica, koja u tesnoj vezi daju nov kvalitet. U našem pravu, *zgrada kao celina* nije objekat bilo kog prava bilo kog subjekta, pa ni etažni vlasnici, ni treća lica nemaju neko posebno pravo na njoj. Na zgradi postoji, slikovito rečeno, „zbir“ etažnih svojina, sa izloženom tročlanom strukturom.

⁴ *Službeni list SFRJ*, br. 6/80, 36/90; *Službeni list SRJ*, br. 29/96; *Službeni glasnik RS*, br. 115/05.

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 104/16, 9/20. Na ovu materiju primenjuju se i neke odredbe Zakona o planiranju i izgradnji (*Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19, 9/20, 52/21).

⁶ O zajedničkoj svojini uopšte, pa i u ovom kontekstu, više: Milica Bosiljčić, „Pravo zajedničke svojine“, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 1980; M. Bosiljčić, „Zajednička svojina“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu, 1965.

⁷ O strukturi etažne svojine kod nas: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 173 i dalje; Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, 138–142; Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, 196–200.

Iz navedenog se može zaključiti da je Srbija zadržala koncept etažne svojine koji je važio i u vreme dok je ona bila u sastavu bivše Jugoslavije.

Da bi za jednu zgradu važio režim etažne svojine, moraju biti ispunjena dva uslova: – da se ona sastoji iz *najmanje dva* posebna, fizički odvojena dela; i – da su oni u svojini *dva različita lica*.⁸ Ukoliko zgrada nije podeljena na više posebnih delova; ili jeste podeljena, ali su svi oni u svojini istog lica – u pitanju je individualna svojina na zgradi.

Pojam i koncept etažne svojine u slovenačkom pravu

U slovenačkom pravu etažna svojina je uređena čl. 105–127 Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije (nadalje: SPZ)⁹ i ima identičnu strukturu i koncept kao i u Srbiji. Zakonodavac je definiše¹⁰ kao institut koji objedinjuje svojinu na posebnim delovima zgrade i suvlasništvo na njenim zajedničkim delovima, u koje spada i zemljište. Jedina razlika između srpskog i slovenačkog rešenja je u tome što je i na zajedničkim delovima zgrade u slovenačkom pravu priznata susvojina – što nije od značaja s tačke gledišta same koncepcije ovog instituta.¹¹ Susvojina na zajedničkim delovima se takođe tretira kao akcesorno pravo, koje je, po slovu zakona neraskidivo povezano sa svojinom posebnog dela i kojeg se nije moguće odreći. Da se i u slovenačkom pravu etažna svojina ne tretira kao prost zbir, već kao nova, kompleksna, ali jedinstvena celina navedenih prava dokazuje i poseban član SPZ, prema kome je etažna svojina predmet raspolaganja isključivo kao celina.¹²

Pojam i koncept etažne svojine u hrvatskom pravu

U hrvatskom pravu etažna svojina je regulisana obimnije nego u slovenačkom, čl. 66–99. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (nadalje: ZVDSP)¹³. Detaljna regulativa je bila neophodna pre svega zato što je Hrvatska etažnu svojinu koncipirala na potpuno drugačiji način u odnosu na koncepciju koja je u njoj važila dok je bila u sastavu bivše Jugoslavije – a to znači drugačije i u odnosu na srpsko

⁸ N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, 154.

⁹ *Uradni list Republike Slovenije*, br. 87/02, 91/13, 23/20.

¹⁰ V. čl. 105 SPZ.

¹¹ Slično mišljenje o razlici između zajedničke svojine i susvojine na zajedničkim delovima zgrade u kontekstu etažne svojine: Andrej Berden, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur, Vesna Rijavec, Tone Frantar, Tomaž Keresteš, Miha Juhart (nadalje: A. Berden i dr.), *Novo stvarno pravo*, Maribor, 2002, 119.

¹² V. čl. 112 SPZ.

¹³ *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 90/2010, 143/2012, 152/2014.

i slovenačko pravo danas. Po slovu zakona, etažna svojina u hrvatskom pravu uspostavlja se na suvlasničkom (idealnom) udelu na nepokretnosti, iz koga proizilazi i sa kojim je neodvojivo povezana. Hrvatski zakonodavac definiše i nepokretnost – kao zemljište (ili pravo građenja) sa zgradom, koja prema pravilu *superficies solo cedit* deli njegovu pravnu sudbinu, jer je u hrvatskom pravu uspostavljeno načelo jedinstva nekretnine. Inače, etažna svojina suvlasnika ovako definisane nekretnine ovlašćuje da, upravljajući tačno određenim posebnim (fizičkim) delom zgrade, umesto ostalih suvlasnika izvršava sva svojinska ovlašćenja i obaveze, kao da je taj poseban deo u njegovoj svojini. Zakonodavac precizira da etažni vlasnik sa tim posebnim delom i koristima od njega, sa jedne strane, može postupati po svojoj volji; a sa druge strane, isključiti svako drugo lice od toga.¹⁴

Iz navedenog proizilazi da su etažni vlasnici, za razliku od srpskog i slovenačkog prava, suvlasnici zgrade i zemljišta kao celine; s tim što je na suvlasničkom udelu svakog etažnog vlasnika, u njegovu korist, uspostavljena (etažna) svojina na određenom posebnom, realnom delu te zgrade, na kome on ima ovlašćenja i obaveze koja su identična sa onima koje pripadaju isključivom vlasniku. Ova neobična koncepcija teška je za razumevanje pravniku sa naših prostora, a pravo sa svim svojstvima svojine na određenom posebnom delu zgrade, koje proizilazi iz susvojinskog udela, ona tretira kao neodvojivo od tog udela (a ne obrnuto, kao u srpskom i slovenačkom pravu), pa se čini kao da je susvojina glavno pravo etažnog vlasnika. Sa prestankom svojine na posebnom delu susvojina etažnog vlasnika na zgradi ne mora da prestane, dok obrnuto ne važi. Takođe mogu postojati posebni, fizički delovi zgrade, na kojima niko od suvlasnika zgrade sa zemljištem ne vrši svojinska ovlašćenja u ime ostalih.

Komparacija srpskih, slovenačkih i hrvatskih propisa o konceptu etažne svojine

1. Da bismo mogli da utvrdimo koje su prednosti i nedostaci izloženih modela etažne svojine u srpskom, slovenačkom i hrvatskom pravu, najpre ćemo se osvrnuti na koncepcije ovog instituta koje već postoje u uporednom pravu,¹⁵ i videti da li se one mogu svrstati u neku od njih.

¹⁴ V. čl. 66 ZVDSP.

¹⁵ O ovoj temi više: Slavica Krneta, „Pravna priroda etažnog vlasništva“, poseban otisak iz *Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 1991, 58 i dalje; N. Planojević, „Pravna priroda etažne svojine“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 1995, 309 i dalje; Zlatko Stefanović, „Pravna priroda etažne svojine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6, Beograd, 1992; N. Planojević, „Koncept etažne svojine iz nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH i RS i koncepti drugih država“, *Pravna riječ*, br. 8,

Sve koncepcija etažne svojine u Evropi se mogu svesti na dve osnovne: unitarnu i dualističku.¹⁶ Po *unitarnoj* koncepciji etažna svojina je jedinstven institut, koji ne predstavlja novu pravnu tvorevinu, već se može svesti na isključivu svojinu ili susvojину, sa izvesnim osobenostima, pa u skladu sa tim ova koncepcija ima dve varijante: svojinsku i susvojinsku. *Svojinska varijanta* pripada prošlosti;¹⁷ a *susvojinska varijanta* etažnu svojину svodi na susvojину svih etažnih vlasnika na zgradi kao celini i zemljištu, uz pravo svakog od njih na isključivo korišćenje i upravljanje određenim posebnim delom zgrade, koje je po svojoj prirodi stvarno pravo, slično službenostima, ali nije svojina.¹⁸ Smatra se pravom *sui generis*, koje ograničava prava ostalih suvlasnika i u zemljišne knjige se upisuje kao teret. Etažna svojina je ovako koncipirana u Švajcarskoj, Holandiji i Austriji.

Dualistička koncepcija etažnu svojину ne tretira kao jedno pravo, već kao nov, složen institut, koji čine: – pravo svojine na posebnim; i – zajedničke svojine ili susvojine na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu. Zavisno od toga koje se od njih smatra glavnim, a koje sporednim, ova koncepcija ima dve varijante: romansku i germansku. Po *romanskoj* varijanti, glavno pravo je svojina posebnog dela i ona je zastupljena u većini država Evrope.¹⁹ Po *germanskoj* varijanti, glavno pravo je susvojina na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu, a svojina posebnog dela je akcesorna. Etažna svojina je ovako koncipirana u Nemačkoj.²⁰

2. Iz izloženog možemo zaključiti da model etažne svojine koji je prihvaćen u domaćem i slovenačkom pravu neosporno pripada dualističkoj koncepciji romanskog tipa, koja je u Evropi, a i šire, dominantna.

Banja Luka, 2006, 195–213; N. Planojević, „Model etažne svojine za budući građanski zakonik“, *Građanska kodifikacija – Civil Codification* (ur. Radmila Kovačević Kuštrimović), sv. 2, Niš, 2003, 199–226.

¹⁶ Po nekim mišljenjima, sa kojima se slažemo, moguće je govoriti i o tzv. novoj unitarnoj koncepciji, ali za potrebe ovog rada nije neophodno ulaziti i takve detalje. O tome i: N. Planojević, *Etažna svojina*, Kragujevac, 1997, 162–166; Angel Ristov, *Etažna sopstvenost – sopstvenost na posebni delovi od zgrada*, Skopje, 2020, 93–94; Ilija Babić, Radenko Jotanović, *Građansko pravo, knj. 2, Stvarno pravo*, Banja Luka, 2020, 240.

¹⁷ G. Marty, „Copropriete par etages et horizontale (droit Francais)“, *Session de droit compare*, Pescara, 1968, 3; N. Planojević, „Историческое развитие собственности на жилье“, *Российское право в Интернете*, бр. 4, Москва, 2010.

¹⁸ Više o tome: A. Ionasco, „Copropriete par appartements et copropriete horizontale“, *Academie internationale de droit compare (VIII-e congre) – Rapport general*, Pescara, 1970, 13–14.

¹⁹ Više o ovoj koncepciji: Rikard Lenac, *Kućna communio pro diviso -- Etažna svojina*, Zagreb, 1939, 12.

²⁰ Više o germanskoj koncepciji: Franc Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1977, 268–269.

U vezi hrvatskog rešenja moguće je zauzeti različite stavove. Najveći broj pravnih pisaca,²¹ smatra da je etažna svojina hrvatskog prava koncipirana po austrijskom modelu, pa da je samim tim reč o unitarnoj koncepciji etažne svojine u susvojinskoj varijanti – čiju smo suštinu u kratkim crtama izložili. Po našem mišljenju, a na osnovu terminologije koju koristi hrvatski zakonodavac, ima elementa za ovakvo viđenje stvari; ali i za viđenje da je reč o dualističkoj koncepciji germanskog tipa.²² Naime, za obe koncepcije je zajedničko da je zemljište sa zgradom u susvojini svih etažnih vlasnika i da je u obe koncepcije u te, susvojinske okvire, smeštena „sfera pojedinačnog“. Razliku između ovih koncepcija najbolje objašnjava M. Vedriš,²³ koji smatra da je ona u tome što koncepcije o kojima je reč „sferu pojedinačnog“ ispunjavaju različitim sadržajem, pa na posebnom delu etažni vlasnik, po unitarnoj koncepciji, ima pravo upotrebe, koje je nesvojinsko stvarno pravo *sui generis*; dok je po dualističkoj koncepciji germanskog tipa to pravo akcesorna svojina. Titular te svojine u germanskom konceptu nije suvlasnička zajednica, već pojedinac, koji ne prestaje da bude i suvlasnik celog objekta (reč je, dakle, o dva prava, o dualizmu prava). Po unitarnoj koncepciji, međutim, susvojina je jedino pravo etažnog vlasnika, koje je samo drugačije oblikovano za zajedničke, a drugačije za posebne delove zgrade;²⁴ a način na koji je ono oblikovano za posebne delove uključuje i njihovu isključivu upotrebu (dakle nije reč o dva prava, niti svojini u okviru susvojine). Germanski dualistički koncept *ograničava susvojinu* svih da bi „dobio mesta“ za pravnu sferu pojedinačne svojine; dok unitarni susvojinski koncept tu „sferu pojedinačnog“ *izvlači iz susvojine u obliku tereta na njoj*, sličnog (ličnoj) službenosti.²⁵ Kao što se vidi, razlika između dualističkog germanskog i uniranog susvojinskog koncepta je u nijansama, pa ju je teško izvesti i teorijski, a posebno praktično.

S obzirom na činjenicu da hrvatski zakonodavac ovlašćenja etažnih vlasnika na posebnim delovima i naziva, a skoro i uobličava kao svojinska – teško je sa sigurnošću reći o kom je konceptu suštinski reč. Formalno, hrvatska pravna teorija ga naziva unitarnim susvojinskim konceptom, ali se čini da razlog za takav pristup

²¹ Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo, Opći deo, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Zagreb, 2004, 257; Nikola Gavella i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, 536; A. Berden i dr., op. cit., 114.

²² N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, 154.

²³ M. Vedriš, „Vlasništvo stana“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4, Zagreb, 1955, 199–204.

²⁴ Tour-ov stav, naveden po: Kaden, E. H., „Das Wohnungseigentum im deutschen, schweizerischen und französischen Recht“, *Zeitschrift für rechtsvergleichung*, h. 4, Wien, 1969, 266.

²⁵ M. Vedriš, op. cit., 199–204.

leži prvenstveno u činjenici da se dualistički germanski koncept (na koji hrvatski model veoma liči) ne uklapa sa načelom jedinstva nekretnine i pravilom *superficies solo cedit*, koje je uspostavljeno u hrvatskom pravu. Moguće da je hrvatski zakonodavac nameravao da, imajući u vidu ova načela, koncept etažne svojine bude unitaran; ali je stvarni rezultat takav da ovaj institut u hrvatskom pravu naginje ka dualističkom germanskom konceptu. Teško je drugačije shvatiti već prvi stav člana 66 ZVDSP (kao i mnoge druge), kojim započinje regulisanje etažne svojine, a koji glasi: „Vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine (etažno vlasništvo) proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim dijelom (idealnim dijelom) nekretnine na kojem je uspostavljeno.“

Za koje god se viđenje ovog pitanja odlučili, činjenica je da je romanska varijanta srpskog i slovenačkog prava ne samo rasprostranjenije rešenje, već da je razlog te rasprostranjenosti upravo u tome što je ono bliže realnosti i ljudskim potrebama od hrvatskog. Naime, realnost je da niko ne pribavlja etažnu svojinu da bi bio suvlasnik zgrade i zemljišta kao celine ili njenih zajedničkih delova. Da je tako – institut etažne svojine, kao složena, kompleksna pravna konstrukcija, ne bi ni bio potreban, već bi institut susvojine bio dovoljan. Čovek se, međutim, za etažnu svojinu odlučuje upravo da bi stekao isključivu svojinu na stanu ili drugom posebnom delu – a ovlašćenja na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu su suštinski, polazeći od namere sticaoaca, samo nužni, akcesorni, propratni efekti svojine na posebnom delu, ako je tako moguće reći. Sporedni su, jer predstavljaju posledicu činjenice da se stanovanje (poslovanje ili garažiranje) ne vrši u individualnom objektu, kući; već u višespratnici, kao objektu za kolektivno stanovanje (ili poslovanje); dok je akcenat na nameri etažnog vlasnika da stekne sopstveni „krov nad glavom“, pa makar i u okvirima zajedničkog objekta, ako drugačije nije moguće ili isplativo. U građevinskom smislu, zemljište i konstrukcija zgrade jesu glavni elementi u odnosu na posebne delove,²⁶ jer bez njih zgrada ne može fizički egzistirati; ali u pravnom i suštinskom smislu – oni predstavljaju samo „infrastrukturu“ za dolaženje do posebnog dela i za njegovu upotrebu. Stavljajući akcenat na susvojinu iz koje proizilazi svojina posebnog dela, i to uspostavljena na susvojinskom udelu, hrvatsko pravo ulazi u domen fikcija i stvaranja pravnih konstrukcija koje nisu logične, jer isključiva svojina teško može „proizaći“ iz susvojine. Razlog ovakve konstrukcije etažne svojine je svakako u tome što je u hrvatskom pravu²⁷ uspostavljeno pravilo „*superficies solo cedit*“ i načelo

²⁶ O tome: A. Meier-Hayoz, *Schweizerisches privatrecht V/I, Sachenrecht*, Basel–Stuttgart, 1977, 90–91.

²⁷ Slična situacija je i u pravu BiH. Više o tome: Duško Medić, *Stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2019, 260–261.

jedinstva nekretnine,²⁸ od čega dualistička koncepcija kako romanskog, tako i germanskog tipa odstupa. To ipak ne znači da u cilju održanja bilo kog načela, koje je život očigledno prevazišao, treba ulaziti u problematične pravne konstrukcije. Imajući navedeno u vidu, koncepciju etažne svojine koja je prihvaćena u domaćem i slovenačkom pravu smatramo ispravnijim rešenjem od hrvatskog, koje je u skladu sa realnim odnosima i potrebama etažnih vlasnika – zbog čega je i zastupljeno u većini državama u Evropi, pa i svetu. Dualistički koncept romanskog tipa je svakako onaj koji pruža i veće šanse za harmonizaciju i kasniju unifikaciju rešenja o etažnoj svojini u regionu, ali i u EU.

PREDMET ETAŽNE SVOJINE U SRPSKOM, SLOVENAČKOM I HRVATSKOM PRAVU

Predmet etažne svojine u srpskom pravu

Složena struktura etažne svojine uslovljena je složenošću njenog objekta. On je trostruk i čine ga, za svakog etažnog vlasnika ponaosob: 1) poseban deo zgrade; 2) zajednički delovi zgrade; i 3) zemljište potrebno za njenu redovnu upotrebu.

1. *Posebni delovi zgrade* su u našim novim propisima određeni kao zasebne funkcionalne celine, kojih može biti pet vrsta: stan, poslovni prostor, garaža, garažno mesto i garažni boks.²⁹ Nekada su u posebne delove spadale samo prve dve kategorije stvari, što je bilo veliko, u Evropi gotovo nepoznato ograničavanje njihovog broja.³⁰ Pošto je enumeracija taksativna, drugi delovi zgrade ne mogu imati svojstvo posebnog dela – što je diskutabilno rešenje, koje često ne odgovara stvarnim potrebama ljudi.³¹ Iako se ni poslednjim zakonom nije odustalo od ograničavanja broja posebnih delova niti su značajnije prošireni njihov broj i vrste, naša nova rešenja ipak predstavljaju korak napred u ovom domenu, jer je uvedena jedna nova pravna kategorija, koja je u neposrednoj vezi sa posebnim delovima, a to je *pomoćni prostor*. Pomoćni prostor,³² nalazi se izvan stana ili poslovnog prostora i u njihovoj je funkciji – poput podruma, tavana, šupa, toaleta i sl. – što bi moglo značiti da u pravnom smislu reči sa navedenim posebnim delovima pomoćni prostor

²⁸ N. Gavella i dr., op. cit., 538.

²⁹ V. čl. 19 ZOSPO, kao i čl. 3, st. 1, t. 8 i čl. 4 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada.

³⁰ V. čl. 19 ZOSPO u verziji iz 1980.

³¹ Kritika ovog rešenja: Z. Stefanović, „Etažna svojina“, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu u Beogradu, 1992.

³² V. čl. 3, st. 1, t. 11 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada.

čini celinu i njihov je sastavni deo, iako je fizički odvojen od njih. Navedeno rešenje je dobro osmišljeno i u skladu je sa stvarnom situacijom u praksi, jer su se etažni vlasnici u odnosu na pomoćne prostore o kojima je reč i do novog zakona ponašali kao da su u njihovoj isključivoj svojini, iako su formalno oni spadali u zajedničke delove. Posredno, ovo rešenje omogućava širenje pojma posebnog dela bez povećanja njihovog broja – što je u skladu sa potrebama prakse. S druge strane, na ovaj način je izbegnuto da se pomoćni prostori urede kao nova, zasebna vrsta posebnih delova, jer bi to omogućavalo i njihov odvojen promet – koji ne bi imao nekog smisla, niti bio celishodan.

2. Pošto za posebne delove u našem pravu važi *numerus clausus*, *zajednički delovi* se određuju negativno,³³ kao svi oni delovi koji ne spadaju u posebne ili samostalne, niti čine njihov sastavni deo; a služe za njihovo korišćenje,³⁴ što znači da broj i vrste zajedničkih delova nisu ograničeni. Po novim propisima, oni se smatraju jednom stvari, što je specifično rešenje domaćeg prava, čija svrha nije sasvim jasna.³⁵

3. Pored posebnih i zajedničkih delova, novim propisima uvedena je još jedna pravna kategorija, a to su *samostalni delovi* zgrade.³⁶ Oni su taksativno navedeni i u njih spadaju: prostorija sa tehničkim uređajima, prostorija transformatorske stanice i skloništa. Ove prostorije imaju isti pravni režim kao zajednički delovi zgrade; ali ih zakonodavac posebno izdvaja zato što mogu pripadati i vlasniku tehničkih uređaja koji su u njih smešteni, kao trećem licu u odnosu na etažne vlasnike. Pravni značaj ove novine je u tome što rešava dilemu ko na njima ima odgovarajuća ovlašćenja i obaveze – pre svega u vezi održavanja,³⁷ što je veoma važno pitanje.³⁸

³³ Više o tome: N. Planojević, „Predmet etažne svojine“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 1996, 49–70.

³⁴ V. čl. 4 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada.

³⁵ V. čl. 8 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada. Više o tome: Radenka Cvetić, „Pravo etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017, 1352.

³⁶ V. čl. 3, st. 1, t. 18 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada.

³⁷ O održavanju zajedničkih delova zgrada više: N. Planojević, „Održavanje stambenih zgrada: koncept, ciljevi i objekat (I deo)“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Midrag Mićović), knj. 1, Kragujevac, 2011, 491–506; N. Planojević, „Subjekti i sadržina usluge održavanja stambenih zgrada (II deo)“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. M. Mićović), knj. 2, Kragujevac, 2011, 179–194; N. Planojević, „Raspodela troškova održavanja stambenih zgrada (III deo)“, *Pravo i usluge* (ur. M. Mićović), Kragujevac, 2012, 923–935; N. Planojević, „Sankcionisanje neodržavanja stambenih zgrada (IV deo)“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. M. Mićović), knj. 3, Kragujevac, 2012, 233–248.

³⁸ V. čl. 11 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada.

4. *Zemljišna parcela* na kojoj se zgrada nalazi i koja je potrebna za njenu redovnu upotrebu, tj. zemljište ispod i oko nje, je treći element objekta etažne svojine, koji kod nas mora ispunjavati uslove za građevinsku i katastarsku parcelu u skladu sa odgovarajućim propisima.³⁹

Predmet etažne svojine u slovenačkom pravu

I slovenačko pravo poznaje tri navedena elementa objekta etažne svojine, tj. posebne i zajedničke delove zgrade i zemljište na kome se ona nalazi. Formalna razlika u odnosu na srpsko pravo je što se zemljište ubraja među zajedničke delove zgrade. Iako je za zajedničke delove zgrade i zemljište zajedničko to što su namenjeni upotrebi svih etažnih vlasnika, mišljenja smo da tretiranje zemljišta kao *zajedničkog dela* (verovatno zgrade koja je na njemu izgrađena?) ipak predstavlja nepotrebnu fikciju, nastalu verovatno i zbog toga što su i zgrada i zemljište u susvojini etažnih vlasnika, tj. u istom, a ne kao kod nas u različitim modalitetima svojine.

I u slovenačkom pravu *poseban deo* se definiše kao samostalna funkcionalna celina, pogodna za samostalnu upotrebu, s tim što se vrste posebnih delova ne navode taksativno, kao kod nas, već primera radi – pa se tu ubraja stan, poslovni prostor ili drugi samostalni prostori. Posebnom delu mogu pripadati i drugi pojedinačno, individualno određeni i ograničeni prostori, koji su u suvlasništvu etažnih vlasnika – što je kategorija koja liči na ono što se u našem pravu smatra pomoćnim prostorom.

Pošto posebni delovi nisu navedeni taksativno, slovenačko pravo je moralo definisati i *zajedničke delove*, kako bi se moglo izvršiti njihovo razgraničenje od posebnih, pa su oni određeni svojom namenom. Tako bi zajednički bili svi oni delovi koji su namenjeni zajedničkoj upotrebi etažnih vlasnika – što je prihvatljiv metod regulative. Zajednički delovi mogu takođe uključivati i druge nekretnine.⁴⁰

Predmet etažne svojine u hrvatskom pravu

Rešenje hrvatskog prava u vezi objekta etažne svojine sličnije je slovenačkom nego srpskom rešenju, pa broj i vrsta *posebnih delova* takođe nisu određeni taksativno, već primera radi – kao stan ili druga samostalna prostorija, poput

³⁹ V. čl. 3, st. 1, t. 17. i 35 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada. Zemljišna parcela je namenjena zajedničkoj upotrebi svih etažnih vlasnika i na njoj se mogu nalaziti različiti sadržaji zavisno od tipa zgrade (platoi, trotoari, bazeni, igrališta, vrt, klupe, parkirišta itd.), s tim što ti sadržaji za razliku od parcele mogu, ali ne moraju pripadati etažnim vlasnicima.

⁴⁰ V. čl. 105 SPZ.

poslovnog prostora, garaže ili garažnih mesta.⁴¹ Uslov je takođe da posebni deo predstavlja samostalnu upotrebnu celinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlašćenja, i da je odgovarajući – što se određuje na osnovu posebnih kriterijuma.⁴² Oni se odnose prvenstveno na veličinu suvlasničkog dela;⁴³ a da je deo odgovarajući utvrđuje se sudskom odlukom ili sporazumom etažnih vlasnika, kojim se može i odstupiti od zakonskih kriterijuma – što smatramo adekvatnim rešenjem, koje respektuje stvarne potrebe i volju onih koji u konkretnoj zgradi žive.

Predviđeno je i da se svojina na posebnom delu može protezati na tzv. *sporedne delove*, a kao primer su navedeni balkoni, terase, podrum, tavan, kućni vrtovi, mesta za ostavljanje do dva vozila po jednom stanu i dr. Uslovi da se deo tretira kao sporedan su da je: – jasno razgraničen od ostalih delova; i – dostupan sa međe nekretnine, iz zajedničkih delova ili iz onoga stana, odnosno samostalne prostorije čiji bi bio sporedni deo; što su adekvatni i nužni kriterijumi. Sporedni delovi se po zakonu tretiraju kao pripaci posebnog dela. Na osnovu izloženog, čini se da se između kategorije sporednih delova hrvatskog prava i pomoćnih prostora srpskog prava takođe može staviti znak jednakosti.

Zajednički delovi su u hrvatskom pravu definisani na specifičan način, posredno, kroz određenje šta poseban deo ne može biti. Iz toga proizilazi da su zajednički oni delovi, koji (već) služe za takvu, zajedničku upotrebu; ili im se namena protivi isključivoj upotrebi u korist određenog posebnog dela. U sumnji važi pretpostavka da je određeni deo zajednički, a ne poseban – što je korisno rešenje; a imajući u vidu (susvojinski) koncept etažne svojine hrvatskog prava – to je i ispravno zakonodavčevo opredeljenje. Zemljišna parcela se u hrvatskom pravu ne uređuje kao poseban deo objekta etažne svojine, što je, imajući u vidu načelo jedinstva nekretnine, razumljivo rešenje.

Komparacija srpskih, slovenačkih i hrvatskih propisa o predmetu etažne svojine

Međusobno razgraničenje elemenata objekta etažne svojine, pre svega posebnih od zajedničkih delova zgrade, je od fundamentalnog značaja za njeno uobličavanje i funkcionisanje, jer se samo tako mogu utvrditi ovlašćenja i obaveze

⁴¹ V.čl. 67 ZVDSP.

⁴² V. čl. 68 ZVDSP.

⁴³ Suvlasnički deo treba da bude toliko veliki, da odgovara odnosu korisne vrednosti tog samostalnog dela prema korisnoj vrednosti svih stanova i ostalih prostorija cele nekretnine.

svakog etažnog vlasnika u odnosu na svaki deo zgrade. Ovom pitanju zakonodavci različitih država zato poklanjaju posebnu pažnju, koristeći različite metode za to.⁴⁴

Na osnovu izloženog se može konstatovati da su načini na koji je izvršeno razgraničenje posebnih od zajedničkih delova zgrade u hrvatskom i slovenačkom pravu vrlo slični; i da se značajno razlikuju od metoda razgraničenja koji koristi srpski zakonodavac. Dok su u srpskom pravu broj i vrste posebnih delova ograničeni i taksativno navedeni, a u zajedničke spadaju svi ostali delovi zgrade; u slovenačkom i hrvatskom pravu to nije slučaj. Broj i vrsta posebnih delova nisu ograničeni, a oni se od zajedničkih delova razgraničavaju primenom kriterijuma namene određenog dela zgrade. Tako će u zajedničke delove spadati oni, koji su namenjeni za zajedničku upotrebu od strane etažnih vlasnika; a u posebne oni koji su namenjeni, ali i podobni za isključivu upotrebu na osnovu propisanih kriterijuma, koji su naročito detaljni u hrvatskom pravu. Pritom je način razgraničenja koji koriste slovenačko i hrvatsko pravo neuporedivo fleksibilniji i pogodniji, jer etažni vlasnici u zavisnosti od svojih potreba u svakoj zgradi ponaosob mogu, poštujući minimum postavljenih zahteva, odrediti koje će delove smatrati posebnim. Etažna svojina treba da služi ostvarivanju potreba i želja etažnih vlasnika, koje se sa razvojem tehnike, rastom životnog standarda i okolnostima konkretnog slučaja neprestano menjaju, pa nema opravdanog razloga za ograničavanje broja i vrste posebnih delova, kao u srpskom pravu.

Kriterijum namene je, čini se, najadekvatniji način razgraničavanja posebnih i zajedničkih delova zgrade, jer je jednostavan za primenu, precizan i elastičan, pa bi ga trebalo usvojiti i za naše pravo. Primenom ovog kriterijuma moguće je svaki deo zgrade nesporno identifikovati kao zajednički ili poseban, izbegavajući ograničena nabranjanja, koja su prevaziđena i necelishodna tehnika, jer se životni odnosi mnogo brže menjaju nego što to zakonodavac može da predvidi. Praksa je već pokazala da ni tradicionalno poseban deo zgrade – stan, to ne mora uvek biti (stan za nastojničku službu je zajednički deo zgrade, a ličnost nastojnika se menja); kao što ni tradicionalno zajednički deo – lift, u nekim zgradama, gde svaki stan ima svoj lift, to više nije. Takoreći samo što su doneti, novi srpski propisi u pogledu predmeta etažne svojine, za razliku od slovenačkih i hrvatskih, pred novim životnim potrebama ostaju nemoćni i zastareli. Dobra stvar u srpskom pravu po ovom pitanju je uvođenje kategorije pomoćnog prostora, čime se donekle ublažavaju loše strane „*numerus clausus* pristupa“ posebnim delovima.

⁴⁴ Više o tome: N. Planojević, „The concept of condominium in the preliminary Draft of the Civil code of the Republic of Serbia“, *Law in the process of globalisation – collection of papers contributed on the occasion of 40th anniversary of the Faculty of Law of the University of Kragujevac* (ur. Slavko Dordević et al.), Kragujevac, 2018, 353–373.

ZAKLJUČCI

Na osnovu svega u radu izloženog, možemo izvesti sledeće zaključke u pogledu teme kojom smo se bavili:

U vezi *koncepta etažne svojine* u državama koje su činile naš istraživački uzorak možemo zaključiti da je dualistički koncept romanskog tipa srpskog i slovenačkog prava ne samo rasprostranjenije rešenje, već da je razlog te rasprostranjenosti upravo u tome što je ono bliže realnosti i ljudskim potrebama od hrvatskog. Naime, realnost je da niko ne pribavlja etažnu svojinu da bi bio suvlasnik zgrade kao celine ili njenih zajedničkih delova. Da je tako – institut etažne svojine, kao složena, kompleksna pravna konstrukcija, ne bi ni bio potreban, već bi institut susvojine bio dovoljan. Čovek se, međutim, za etažnu svojinu odlučuje upravo da bi stekao isključivu svojinu na stanu ili drugom posebnom delu – a ovlašćenja na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu su nužni, akcesorni, propratni efekti svojine na posebnom delu. Sporedni su, jer predstavljaju posledicu činjenice da se stanovanje (ili poslovanje) ne vrši u individualnom objektu, kući; već u zgradi, kao objektu za kolektivno stanovanje (ili poslovanje); dok je akcenat upravo na nameri etažnog vlasnika da stekne sopstveni „krov nad glavom,, pa makar i u okvirima zajedničke nepokretnosti. U građevinskom smislu, zemljište i konstrukcija zgrade jesu glavni elementi u odnosu na posebne delove, ali u pravnom i suštinskom smislu reči oni predstavljaju samo „infrastrukturu“ za dolaženje do posebnog dela i njegovu upotrebu. Stavljajući akcenat na susvojину iz koje proizilazi svojina posebnog dela, i to svojina uspostavljena na susvojinskom udelu – hrvatsko pravo ulazi u domen fikcija i stvaranja pravnih konstrukcija koje nisu prihvatljive, jer isključiva svojina teško može „proizaći“ iz susvojine. Razlog ovakve konstrukcije etažne svojine je u tome što je u hrvatskom pravu uspostavljeno pravilo *superficies solo cedit* i načelo jedinstva nekretnine, od čega dualističke koncepcije odstupaju. To ipak ne znači da u cilju održanja nekih pravnih načela, koje je život očigledno prevazišao, treba ulaziti u ovakve konstrukcije. Imajući navedeno u vidu, koncepciju etažne svojine koja je prihvaćena u domaćem i slovenačkom pravu smatramo ispravnijim rešenjem od hrvatskog, koje je u skladu sa realnim odnosima i potrebama etažnih vlasnika.

U vezi *predmeta etažne svojine* možemo konstatovati da su načini na koji je izvršeno razgraničenje posebnih od zajedničkih delova zgrade u hrvatskom i slovenačkom pravu slični; i da se značajno razlikuju od metoda razgraničenja koji koristi srpski zakonodavac. Dok su u srpskom pravu broj i vrste posebnih delova ograničeni i taksativno navedeni, a u zajedničke spadaju svi ostali delovi zgrade; u slovenačkom i hrvatskom pravu to nije slučaj. Broj posebnih delova nije ograničen, a oni se od zajedničkih delova razgraničavaju primenom kriterijuma namene

određenog dela zgrade. Tako će u zajedničke delove spadati oni, koji su namenjeni za zajedničku upotrebu od strane etažnih vlasnika; a u posebne oni koji su namenjeni, ali i podobni za isključivu upotrebu na osnovu propisanih kriterijuma, koji su naročito detaljni u hrvatskom pravu. Pritom je način razgraničenja koji koriste slovenačko i hrvatsko pravo neuporedivo fleksibilniji i pogodniji, jer etažni vlasnici u zavisnosti od svojih potreba u svakoj zgradi ponaosob mogu, poštujući minimum postavljenih zahteva, odrediti koje će delove smatrati posebnim. Etažna svojina treba da služi ostvarivanju potreba i želja etažnih vlasnika, koje se sa razvojem tehnike, rastom životnog standarda i okolnostima konkretnog slučaja neprestano menjaju, pa nema opravdanog razloga za ograničavanje broja i vrste posebnih delova kao u srpskom pravu. Kriterijum namene slovenačkog i hrvatskog prava je, čini se, najadekvatniji način razgraničavanja posebnih i zajedničkih delova zgrade, jer je jednostavan za primenu, precizan i elastičan, pa bi ga trebalo usvojiti i za naše pravo. Primenom ovog kriterijuma moguće je svaki deo zgrade nesporno identifikovati kao zajednički ili poseban, izbegavajući ograničena nabranjanja, koja su prevaziđena i necelishodna zakonodavna tehnika koju koristi srpski zakonodavac, jer se životni odnosi mnogo brže menjaju nego što to zakon može da predvidi. Takoreći samo što su doneti, novi srpski propisi u vezi predmeta etažne svojine, za razliku od slovenačkih i hrvatskih, pred novim životnim potrebama ostaju nemoćni i zastareli. Dobra stvar u srpskom pravu po ovom pitanju jeste jedino uvođenje kategorije pomoćnog prostora, čime se donekle ublažavaju loše strane „*numerus clausus* pristupa“ posebnim delovima.

Prof. Dr. NINA PLANOJEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE CONCEPT AND THE SUBJECT OF CONDOMINIUM IN SERBIAN, SLOVENIAN AND CROATIAN LAW

Summary

While other European countries were improving condominium related regulations for nearly hundred years, in our country and countries of our region more serious approach in this area was possible just after the concept became fully viable, towards the end of 20. century, when state owned flats turned into private property. The author makes analysis and comparison of domestic solutions for condominium concept and subject, as the two key segments of the institute, with those in Croatia and Slovenia. Croatia and Slovenia were the first countries of the region which regulated condominium related matters following the dissolution of former Yugoslavia, and whose regulations represent

two opposite models for this institute. Since Serbia regulated condominium in a new, systematic and comprehensive way just a few years ago with the adoption of the Housing and Building Maintenance Law, the author believes it is now possible to valuate domestic solutions and define direction for future development by comparing is with solutions in Croatian and Slovenian law.

Key words: concept of condominium, subject of condominium, condominium in Serbian law, condominium in Slovenian law, condominium in Croatian law

Literatura

- Babić I., Jotanović, R., *Građansko pravo, knj. 2, Stvarno pravo*, Banja Luka, 2020.
- Baur F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1977.
- Berden A., Tratnik M., Vrenčur R., Rijavec V., Frantar T., Keresteš T., Juhart M., *Novo stvarno pravo*, Maribor, 2002.
- Bosiljčić M., „Pravo zajedničke svojine“, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 1980.
- Bosiljčić M., „Zajednička svojina“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu, 1965.
- Cvetić R., „Pravo etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017.
- Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
- Ionasco A., „Copropriete par appartements et copropriete horizontale“, *Academie internationale de droit compare (VIII-e congres) – Rapport general*, Pescara, 1970.
- Kaden E. H., „Das Wohnungseigentum im deutschen, schweizerischen und französischen Recht“, *Zeitschrift für rechtsvergleichung*, h. 4, Wien, 1969.
- Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2004.
- Krneta S., „Pravna priroda etažnog vlasništva“, poseban otisak iz *Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 1991.
- Lenac R., *Kućna communio pro diviso – Etažna svojina*, Zagreb, 1939.
- Marty G., „Copropriete par etages et horizontale (droit Francais)“, *Session de droit compare*, Pescara, 1968.
- Medić D., *Stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2019.
- Meier-Hayoz A., *Schweizerisches privatrecht V/I, Sachenrecht*, Basel-Stuttgart, 1977.
- Nikolić D., „Ujednačavanje stvarnog prava – putevi i stranputice“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3, Rijeka, 2003.
- Nikolić D., *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava – elementi za strategiju razvoja pravne regulative*, Novi Sad, 2004.
- Planojević N., „The concept of condominium in the preliminary Draft of the Civil code of the Republic of Serbia“, *Law in the process of globalisation – collection of papers contributed on the occasion of 40th anniversary of the Faculty of Law of the University of Kragujevac* (ur. Đorđević S. et al.), Kragujevac, 2018.

- Planojević N., „Koncept etažne svojine iz nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH i RS i koncepti drugih država“, *Pravna riječ*, br. 8, Beograd, 2006.
- Planojević N., „Model etažne svojine za budući građanski zakonik“, *Građanska kodifikacija – Civil Codification* (ur. R. Kovačević Kuštrimović), sv. 2, Niš, 2003.
- Planojević N., „Održavanje stambenih zgrada: koncept, ciljevi i objekat (I deo)“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. M. Mićović), knj. 1, Kragujevac, 2011.
- Planojević N., „Pravna priroda etažne svojine“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 1995.
- Planojević N., „Raspodela troškova održavanja stambenih zgrada (III deo)“, *Pravo i usluge* (ur. M. Mićović), Kragujevac, 2012.
- Planojević N., „Sankcionisanje neodržavanja stambenih zgrada (IV deo)“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. M. Mićović), knj. 3, Kragujevac, 2012.
- Planojević N., „Subjekti i sadržina usluge održavanja stambenih zgrada (II deo)“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. M. Mićović), knj. 2, Kragujevac, 2011.
- Planojević N., „Историческое развитие собственности на жилье“, *Российское право в Интернете*, бр. 4, Москва, 2010.
- Planojević N., *Etažna svojina*, Kragujevac, 1997.
- Planojević N., *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012.
- Planojević, N., „Predmet etažne svojine“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 1996.
- Ristov A., *Etažna sopstvenost – sopstvenost na posebni delovi od zgrada*, Skopje, 2020.
- Stanković O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1999.
- Stefanović Z., „Pravna priroda etažne svojine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6, Beograd, 1992.
- Stefanović Z., „Etažna svojina“, magistarska teza odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu, 1992.
- Stojanović D., *Stvarno pravo*, Beograd, 1980.
- Vedriš M., „Vlasništvo stana“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3–4, Zagreb, 1955.
- Vedriš M., Klarić, P., *Građansko pravo, Opći deo, Stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Zagreb, 2004.

RODNA ŽIVKOVSKA
TINA PRŽESKA

STVARNOPRAVNA SREDSTVA OBEZBEĐENJA POTRAŽIVANJA U MAKEDONSKOM PRAVU

U ovom radu analiziraju se pravna regulativa založnog prava kao i fiducijarni prenos koji predstavljaju stvarnopravna sredstva za obezbeđenje potraživanja u makedonskom pravu. U pogledu pravnog regulisanja založnog prava u radu se zaključuje da je ova regulativa veoma široka, međutim pri tome nekonzistentna i nije u funkciji uređenja založnog prava kao samostalnog pravnog instituta. U radu se predlaže prevazilaženje problema nekonzistentnosti tako što će se postojeće odredbe o zalozi u Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima dopuniti time što će se generalno urediti svi aspekti založnog prava – njegovo sticanje, vršenje, zaštita i prestanak. U pogledu analize postojećih odredaba koje uređuju fiducijarni prenos, u radu se ističe da ja on uređen i kao obligacionopravni i kao stvarnopravni odnos. Pri tome, fiducijarni prenos potraživanja i druga imovinska prava smatraju se za obligacionopravni odnos, za razliku od fiducijarnog prenosa prava svojine kome se daju osobenosti stvarnopravnog odnosa. Rad pokazuje da u praksi postoji potreba da fiducijarni prenos prava svojine bude uređen posebnim propisom i to na način koji će odražavati njegove u suštini stvarnopravne osobenosti.

Ključne reči: stvarno pravo, zaloga, fiducijarni prenos, stvarnopravna obezbeđenja

U V O D

U savremenom građanskom pravu stvarnopravna imovina za obezbeđenje potraživanja ima veoma značajnu ulogu u dužničko-poverilačkim odnosima.

Prof. dr Rodna Živkovska, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija, e-mail: r.zivkovska@pf.ukim.edu.mk.

Prof. dr Tina Pržeska, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija, e-mail: t.przeska@pf.ukim.edu.mk.

Kada je u pitanju obezbeđenje potraživanja, poverioci preferiraju stvarnopravnu, u odnosu na ličnu imovinu. Razlog za to je prvenstveno činjenica da stvarnopravna imovina za obezbeđenje potraživanja predstavlja stvarnu garanciju poveriocima za obezbeđena potraživanja. Garancija kod stvarnopravne imovine nije usmerena na celokupnu imovinu dužnika, ili na treće lice koje pristaje da odgovara za tuđ dug, već je usmerena na određeni deo te imovine – određenu stvar ili pravo koje ima imovinsku vrednost iz koje se može naplatiti obezbeđeno potraživanje. Iako na prvi pogled može delovati restriktivno da se poverilac, prihvatanjem stvarnopravne imovine radi obezbeđenja potraživanja, ograničava na naplatu svog potraživanja iz tačno određenog dela imovine dužnika (ili trećeg lica), to je zapravo najveća prednost stvarnopravne imovine za obezbeđenje potraživanja u odnosu na ličnu imovinu za obezbeđenje potraživanja. U slučaju lične imovine za obezbeđivanje potraživanja, garancija za naplatu obezbeđenog potraživanja je celokupna imovina dužnika ili trećeg lica koje je pristalo da odgovara za tuđ dug. Međutim, ne treba zanemariti da je imovina promenljiva kategorija koja se stalno povećava ili smanjuje u odnosu na visinu prava koja pripadaju određenom licu. U tom smislu, lična sredstva za obezbeđenje potraživanja uvek su praćena rizikom da dužnik (ili treće lice) neće imati dovoljno sredstava u trenutku kada poverilac zahteva naplatu obezbeđenog potraživanja. U slučaju stvarnopravne imovine za obezbeđenje potraživanja, takav rizik ne postoji, zato što i kada deo imovine koji je bio opterećen stvarnim pravnim sredstvom za obezbeđenje potraživanja pređe u ruke drugog lica, poverilac ne gubi pravo da zahteva namirenje obezbeđenog potraživanja iz vrednosti tog opterećenog dela imovine.

Makedonsko stvarno pravo reguliše pravo zaloge i fiducijarni prenos prava svojine kao stvarnopravno sredstvo obezbeđenja potraživanja. Od dostupne stvarnopravne imovine za obezbeđenje potraživanja u pravnom životu dominira založno pravo kao najčešće korišćeno sredstvo obezbeđenja poverilaca.

U tekstu koji sledi, predmet analize biće pravno uređenje prava na zalogu i fiducijarnog prenosa prava svojine u makedonskom pravu, naglašavajući njihovu funkciju kao sredstva obezbeđenja potraživanja.

PRAVNO UREĐENJE ZALOŽNOG PRAVA

Pravo na zalogu u pravnom sistemu Republike Severne Makedonije kao stvarno subjektivno pravo uređeno je opštim Zakonom o svojini i drugim stvarnim pravima (Zakon o svojini – ZIDSP).¹ Međutim, ovaj opšti zakon sadrži samo deset opštih odredaba koje se odnose na založno pravo (čl. 225–235). Zakon o svojini

¹ *Služben vesnik na RM*, br. 18/01, 92/08, 139/09 i 35/10.

prepušta detaljno uređenje založnih prava posebnim zakonima. Posebnim zakonima regulišu se različite vrste založnog prava (zakonsko, ugovorno i sudsko), a isto tako posebnim zakonima se reguliše i založno pravo na određenim vrstama stvari kao što su brodovi i avioni. Među značajnijim posebnim zakonima koji regulišu založno pravo su: Zakon o ugovornoj zalozi (ZUZ),² Zakon o obezbeđenju potraživanja (ZOP),³ Zakon o obligacionim i stvarno pravnim odnosima u vazdušnom saobraćaju (ZOSOVS)⁴ i Zakon o unutrašnjoj plovidbi (ZVPI).⁵

Zakonom o ugovornoj zalozi uređuje se ugovorno pravo zaloge (ručna zaloge i hipoteka). Zakonom o obezbeđenju potraživanja uređuje se sudsko založno pravo na pokretnim i nepokretnim stvarima (čl. 11–19). Zakonom o obligacionim i stvarnopravnim odnosima u vazdušnom saobraćaju uređuju se ugovorno i zakonsko založno pravo na vazduhoplovu (čl. 149–171), dok se u pogledu sudskog založnog prava ovim zakonom predviđa primena odredaba Zakona o obezbeđenju potraživanja (čl. 149) (6). Zakonom o unutrašnjoj plovidbi uređeno je ugovorno i zakonsko založno pravo na brodu (čl. 121–148).

Odredbe o zakonskom založnom pravu sadržane su u nekoliko različitih zakona kao što su: Zakon o obligacionim odnosima iz 2001. godine (čl. 647, 735, 792, 819, 842. i dr.),⁶ Zakon o poreskom postupku (čl. 134),⁷ Zakon o zaštiti kulturnog nasleđa⁸ (čl. 142), Zakon o izvršenju⁹ (čl. 101) i dr.

Založno pravo u skladu sa opštim Zakonom o svojini i drugim stvarnim pravima

Zakon o svojini, kao što smo rekli, sadrži samo odredbe opšte prirode kojima reguliše založno pravo. Odredbama Zakona o svojini pojmovno se definiše

² *Služben vesnik na RM*, br. 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/2011, 74/2012, 115/2014, 98/2015, 215/2015 i 61/2016.

³ *Služben vesnik na RM*, br. 87/07 i 31/16.

⁴ *Služben vesnik na RM*, br. 85/08, 148/11, 10/15 i 150/15.

⁵ *Služben vesnik na RM*, br. 55/2007, 26/2009, 22/2010, 23/2011, 53/2011, 155/2012, 15/2013, 137/2013, 163/2013, 42/2014, 166/2014, 146/2015, 193/2015, 31/2016 i 64/2018.

⁶ *Služben vesnik na RM*, br. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09, 161/09 i 123/13.

⁷ *Služben vesnik na RM*, br. 90/2007, 145/2007, 21/2008, 88/2008, 59/2008, 23/2009, 76/2009, 105/2009, 133/2009, 145/2010, 171/2010, 53/2011, 166/2011, 39/2012, 84/2012, 187/2013, 15/2015, 97/2015, 129/2015, 154/2015, 23/2016, 35/2018, 275/2019 i 290/2020.

⁸ *Služben vesnik na RM*, br. 20/04, 71/04, 115/07, 18/11, 148/11, 23/13, 137/13, 164/13, 38/14, 44/14, 199/14, 104/15, 154/15, 192/15, 39/16, 11/18 i *Služben vesnik na RSM*, br. 20/2019.

⁹ *Služben vesnik na RM*, br. 72/16, 142/16 i 233/18.

pravo zaloge, određuju se vrste založnog prava, subjekti, predmet zaloge, potraživanja koja se mogu obezbediti založnim pravom i osnovne karakteristike založnog prava.

U *pojmovnom definisanju založnog prava*, Zakon o svojini ističe stvarnu prirodu založnog prava i decidirano određuje da je založno pravo stvarno subjektivno pravo. Funkcija založnog prava kao sredstva obezbeđenja potraživanja nije eksplicitno izražena u Zakonu o svojini. Ipak, iz načina na koji zakonodavac definiše založno pravo, vidi se da je ovo pravo ustanovljeno da bi se koristilo i kao sredstvo obezbeđenja potraživanja založnog poverioca:

„Pravo zaloge je stvarno pravo na tuđoj stvari, kojim se obezbeđuje založno poveriočevo potraživanje zalaganjem (zalogom) određene stvari ili prava u korist založnog poverioca, koji je ovlašćen da raspolaže tuđom stvari, na taj način da po isteku roka dospelosti zahteva namirenje svog potraživanja iz vrednosti te stvari ili prava (prodajom založene stvari), pre poverioca koji na tu stvar ili pravo nemaju zasnovano pravo na zalogu, kao i pre založnih poverioca koji su pravo na zalogu na tu stvar stekli nakon njega, bez obzira na promenu vlasnika založene stvari“ (čl. 225).

Vrste založnog prava. Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima razvrstava založno pravo u zavisnosti od pravnog osnova po kome nastaje i pritom razlikuje tri vrste: a) zakonsko založno pravo, koje se stiče ispunjenjem zakonskih uslova za njegovo uspostavljanje, b) ugovorno založno pravo, stečeno na osnovu ugovora između založnog poverioca i založnog dužnika i v) sudsko založno pravo stečeno na osnovu odluke suda (čl. 226).

Pored tri osnovne vrste založnog prava (zakonskog, ugovornog i sudskog), Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima otvara mogućnost zasnivanja istovremenog založnog prava – kada su predmet založnog prava više stvari zajedno (čl. 229(1)), kao i mogućnost zasnivanja podzaloge – kada je založno pravo zasnovano na postojećoj zalozi od strane založnog poverioca bez saglasnosti založnog dužnika (čl. 230(3)). Osim odredaba koje proklamuju mogućnost zasnivanja istovremene zaloge i podzaloge, Zakon o svojini ne sadrži odredbe koje bliže određuju osobečnosti ove dve vrste zaloge.

Zakon o svojini je veoma restriktivan u pogledu načina na koji se založno pravo može uspostaviti. Činjenica da Zakon razlikuje tri vrste založnog prava u zavisnosti od pravnog osnova po kome je stečeno (zakonsko, ugovorno i sudsko) ukazuje na jasnu nameru zakonodavca da se založno pravo može ustanoviti samo na osnovu zakona, ugovora ili sudske odluke. Ovakvim opredeljenjem, opšti zakon isključuje mogućnost da se založno pravo uspostavi na drugi način, kao na primer aktom nadležnog državnog organa ili odlukom nekog drugog subjekta kao nosioca

javnih ovlašćenja. U pravnom životu pak sve su glasniji zahtevi pojedinih subjekata za donošenjem zakonskih rešenja koja će državnim organima ili drugim subjektima koji su ovlašćeni da ih donesu omogućiti da uspostave založna prava prinudnim putem. Prvi pokušaj uvođenja založnog prava koje bi se moglo prinudno uspostaviti „administrativnim putem“ učinjen je donošenjem Zakona o izgradnji iz 2009. godine. U skladu sa odredbama čl. 138 Zakona propisana je mogućnost da građevinski inspektor koji konstatuje bespravnu gradnju može rešenjem da utvrdi založno pravo. Ovu odredbu Zakona o gradnji Ustavni sud Republike Makedonije ukinuo je 2011. godine kao neustavnu.¹⁰ Trenutno je aktuelan zahtev izvršitelja za uvođenjem zakonske mogućnosti u Zakonu za izvršenje kojim će se ovlastiti izvršitelj kao lice sa javnim ovlašćenjima da može u izvršnom postupku prinudno da zaključkom uspostavi založno pravo na stvari ili pravu koje pripada dužniku. Istovremeno, tvrdi se da je ova zakonska mogućnost već data u Zakonu o izvršenju i da je treba samo dodatno precizirati. Reč je o odredbi iz čl. 101. st. 1 Zakona o izvršenju kojom je propisano: „Popisom poverilac stiče založno pravo na navedenim stvarima.“ Založno pravo stečeno u skladu sa čl. 101. st. 1 upisuje se u Registar zaloga na osnovu evidencije popisa (čl. 104. st. (3)).

U pogledu citirane odredbe st. 1. čl. 101 Zakona o izvršenju, smatramo da je u pitanju pogrešno tumačenje pravne norme. Naime, ovde nije reč o založnom pravu koje se uspostavlja zapisnikom o popisu izvršitelja, već je reč o zakonskom založnom pravu koje se stiče ispunjenjem zakonskih pretpostavki (među kojima je i sprovođenje popisa od strane izvršitelja). Zapisnik o popisu nije pravni osnov za nastanak založnog prava, ali je postojanje zapisnika kao dokument, u skladu sa Zakonom o izvršenju, dovoljan dokaz o postojanju zakonskog založnog prava i njegovim upisivanjem u odgovarajuću javnu knjigu.

Imajući u vidu da je založno pravo stvarno pravo koje, osim što ima pravno dejstvo *erga omnes*, daje i ovlašćenje založnom poveriocu da raspolaže tuđom stvari (ili pravom), smatramo da nije poželjno da se proširi krug subjekata koje će imati ovlašćenja da prinudno uspostave založno pravo. Smatramo da je potpuno opravdan stav iz opšteg Zakona o svojini prema kojem se založno pravo stiče prinudno ili po sili zakona ili sudskom odlukom.

Kao *subjekte založnog prava* Zakon o svojini određuje založnog poverioca i založnog dužnika. Pritom, Zakon predviđa da se u svojstvu založnog dužnika ili založnog poverioca može pojaviti svako fizičko ili pravno lice. U Zakonu se takođe ističe da se fizička i pravna lica pojavljuju kao založni poverioci ili založni dužnici u okviru svoje pravne i poslovne sposobnosti. Iako ne postoje precizne odredbe

¹⁰ Odluka Ustavnog suda RS Makedonije, U br. 262/2009 od 2. februara 2011. godine.

o tome kakvu pravnu i poslovnu sposobnost treba da imaju subjekti kao založni poverioci ili založni dužnici, možemo konstatovati da tu važe odredbe Zakona o obligacionim odnosima¹² kojima se utvrđuje sposobnost subjekata (fizička i pravna lica) da stupaju u građanskopravne odnose. Imajući u vidu odredbe Zakona o obligacionim odnosima, zaključujemo da fizička lica kao založni poverioci ili založni dužnici treba da imaju opštu pravnu i poslovnu sposobnost (čl. 45a i 45b).¹¹ Prema Zakonu o obligacionim odnosima, pravna lica imaju ograničenu pravnu i poslovnu sposobnost i mogu u okviru svoje sposobnosti učestvovati u pravnom prometu, čiji obim zavisi od delatnosti za koju je pravno lice registrovano (čl. 46). Smatramo da svako pravno lice koje učestvuje u pravnom prometu, nezavisno od delatnosti za koju je registrovano, može biti založni poverilac ili založni dužnik.¹²

Predmet založnog prava, prema Zakonu o svojini, mogu biti stvari (pokretne i nepokretne), idealni deo stvari i prava. Što se tiče stvari kao predmeta založnog prava, Zakonom je određeno da treba da budu u pravnom prometu (čl. 229. st. 2). Zakon o svojini idealan deo stvari tretira kao vrednosno nezavisan deo, kojim suvlasnik može slobodno da raspolaže, uključujući i njegovo opterećenje osnivanjem založnog prava (čl. 14. st. 5). U pogledu prava šta može poslužiti kao predmet založnog prava Zakon ne sadrži precizne odredbe. Uzimajući u obzir prirodu založnog prava, a posebno njegovu funkciju kao sredstva obezbeđenja potraživanja, možemo konstatovati da samo prava koja su prenosiva i koja se mogu unovčiti mogu biti predmet založnog prava.

Za potraživanja koja se mogu obezbediti založnim pravom Zakonom o svojini određuje se da to mogu biti postojeća, ali i buduća, oročena ili uslovna potraživanja (čl. 230. st. 2). Zakon ne precizira koje potraživanje može biti obezbeđeno založnim pravom. Pretpostavlja se da to mora biti novčano potraživanje ili potraživanje izraženo u novcu da bi se ono moglo namiriti iz vrednosti založene stvari.

Odredbama Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima utvrđuju se osnovne karakteristike založnog prava koje podjednako važe za sve vrste založnog prava. Ovo je posebno važno istaći jer većina posebnih zakona reguliše različite vrste založnog prava (izuzev Zakona o ugovornoj zalozi) i ne sadrži odredbe za utvrđivanje karakteristika založnog prava. Osnovne karakteristike založnog prava prema Zakonu o svojini jesu: posebnost (čl. 225. st. 1), akcesornost (čl. 233), ekstenzivnost (elastičnost) (čl. 230. st. 1), nedeljivost (čl. 231) i prednost založnog prava (čl. 225. st. 1). Ne ulazeći u detalje o karakteristikama založnog prava, možemo konstatovati

¹¹ Bliže o sposobnostima fizičkih lica v. Родна Живковска, Тина Пржеска, *Грађанско право. Општ дел*, Европа 92, Скопје, 2021, 68.

¹² Bliže o subjektivitetu pravnih lica v. Р. Живковска, Т. Пржеска, op. cit., 144.

da Zakon o svojini pripisuje založnom pravu sve one osobine karakteristične za ovo stvarno subjektivno pravo utvrđeno građanskom doktrinom.¹³

Založno pravo prema Zakonu o ugovornoj zalozi

Zakon o ugovornoj zalozi iz 2003. godine (ZDZ) donet je kako bi se u jedinstvenom zakonskom tekstu objedinili zakonski propisi koji se odnose na ugovorno založno pravo. Do donošenja Zakona o ugovornoj zalozi, ugovorno založno pravo je bilo regulisano u dva posebna zakona – Zakonu o zalozi pokretnih stvari i prava¹⁴ i Zakonu o ugovornoj hipoteci,¹⁵ što je bilo krajnje nepoželjno i nije izražavalo jedinstvenost založnog prava kao stvarnopravnog instituta. Nesumnjivo, Zakon o ugovornoj zalozi predstavlja iskorak u regulisanju ugovornog založnog prava u odnosu na prethodni zakonski propis, međutim, postoje i određeni nedostaci kao i pravne praznine koje otežavaju njegovu primenu u pravnom životu.

U pogledu usaglašenosti posebnog Zakona o ugovornoj zalozi sa odredbama o založnom pravu sadržanim u opštem Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima, notorno je da Zakon o ugovornoj zalozi prilikom definisanja založnog prava naglašava funkciju ugovorne zaloge kao sredstva obezbeđenja potraživanja, za razliku od opšteg Zakona o svojini, koji prilikom definisanja založnog prava ističe njegovu prirodu kao stvarnog subjektivnog prava. Smatramo da je pristup u načinu definisanja založnog prava u Zakonu o svojini prihvatljiviji zbog načela zakonske opredeljenosti stvarnih subjektivnih prava.¹⁶

Za razliku od Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, Zakon o ugovornoj zalozi razlikuje dve podvrste ugovornog založnog prava u zavisnosti od predmeta zaloge: ručnu zalogu (kao založno pravo na pokretnim stvarima, hartijama od vrednosti i pravima) i hipoteku (kao založno pravo na nepokretnosti) (čl. 4). Kao i opšti Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima, specijalni Zakon o ugovornoj zalozi poznaje istovremenu zalogu kao založno pravo na više stvari zajedno (čl. 5) i podzalogu kao založno pravo koje uspostavlja založni poverilac na već stečenom

¹³ Родна Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005, 123; Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, svezak drugi, Narodne novine d. d., Zagreb, lipanj 2007, 135–145; Илија Бабић, *Грађанско право*, књига 2: *Стварно право*, Београд, Нови Сад, 2012, 264–271; Zoran P. Rašović, *Stvarno pravo*, drugo izdanje, Službeni list, Beograd, 2005, 375–391, Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Zograf, Niš, 2004, 271–275; Miroslav Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, Puncta, Niš, 2009, 56–65.

¹⁴ *Služben vesnik na RM*, br. 21/98, 48/99 i 86/00.

¹⁵ *Služben vesnik na RM*, br. 59/00 i 86/00.

¹⁶ P. Живковска, *op. cit.*, 28.

založnom pravu (član 10 (2)). Nažalost, kao i Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima, Zakon o ugovornoj zalozi samo proklamuje mogućnost zasnivanja istovremene zaloge i podzaloge, a ne reguliše bliže način i postupak osnivanja ovih posebnih vrsta zaloge. Zbog ove pravne praznine, i osnivanje i realizacija istovremene zaloge i podzaloge praktično su nemogući.

Zakon o ugovornoj zalozi, za razliku od Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, sadrži preciznije odredbe u vezi sa uslovima zasnivanja ugovornog založnog prava, i to: a) postojanje potraživanja koje se može obezbediti založnim pravom i b) postojanje stvari, hartija od vrednosti ili prava koji ispunjavaju uslove da budu predmet (objekat) pravne zaloge.

Što se tiče prvog uslova – postojanja potraživanja, Zakon o ugovornoj zalozi sadrži odredbe iz kojih se vidi koja svojstva potraživanje treba da ima da bi se obezbedilo založnim pravom: potraživanje mora biti novčano ili izraženo u novcu (čl. 2 (1, 2) ZDZ), potraživanje mora biti utvrđeno (čl. 2 (4) ZDZ), potraživanje mora pripadati založnom poveriocu (čl. 2 (1), čl. 13 (3) ZDZ)¹⁷ i potraživanje mora biti punovažano – da proizlazi iz punovažnog pravnog osnova. Zakon dozvoljava da se ugovornim založnim pravom obezbede buduća i uslovna potraživanja (čl. 8 ZDZ), ali pritom ne sadrži odredbe koje bliže regulišu uspostavljanje založnog prava za obezbeđenje ove vrste potraživanja. U ovim slučajevima reč je o uspostavljanju tzv. kreditne ili kaucione zaloge. Kreditnom zalogom se obezbeđuju potraživanja iz ugovora o kreditu, a to su buduća potraživanja za koja postoji izvesnost da će nastati, ali je neizvesno koliki će biti iznos obezbeđenog potraživanja zato što se ne zna koliki će obim kredita iskoristiti tražilac kredita. Kauciona zaloga je založno pravo kojim se obezbeđuje potraživanje za koje nije izvesno da li će do njega uopšte doći (na primer, obezbeđenje od buduće štete), niti koliki će biti njegov iznos. U pravnoj teoriji opšte je prihvaćen stav da prilikom osnivanju kreditne zaloge obezbeđenje treba da se odnosi na pun iznos kredita, ali pri realizaciji založnog prava potraživanje će biti namireno samo u visini iskorišćenog iznosa koji dužnik nije uspeo da vrati.¹⁸ Pravna teorija ima sličan stav o kaucionoju zalozi, odnosno smatra da u slučaju obezbeđenja potraživanja koje još nije nastalo u ugovoru o zalozi, treba odrediti maksimalnu vrednost obezbeđenog potraživanja, a prilikom realizacije založnog prava, treba izvršiti namirenje u visini stvarno nastalog iznosa potraživanja. Ako taj iznos prelazi maksimalnu vrednost obezbeđenog potraživanja navedenu u ugovoru o zalozi, deo koji prelazi maksimalnu vrednost smatra se neobezbeđenim

¹⁷ Samo izuzetno, kod zajedničkog zastupnika imalaca obezbeđenih obveznica ne traži se da je založni poverilac nosilac potraživanja sa založnim pravom (čl. 13 (4) ZDZ).

¹⁸ R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit., 274–275; Z. P. Rašović, op. cit., 430–432. N. Gavella *et. al.*, op. cit., 137–138.

potraživanjem. Iako u pravnoj teoriji nije sporno kako će se realizovati kreditna ili kauciona zaloga, u interesu pravne sigurnosti je da Zakon to precizno reguliše, kada već dozvoljava da se zalogom obezbeđuju buduća i uslovna potraživanja. Zastarelo potraživanje se može obezbediti i založnim pravom, ali u tom slučaju obezbeđenje pokriva samo glavni dug.¹⁹

Drugi uslov za nastanak ugovornog založnog prava, kao što smo rekli, jeste postojanje stvari, hartije od vrednosti ili prava podobnih da mogu biti predmet založnog prava. Stvar je podobna da bude predmet založnog prava ako je: u svojini založnog dužnika (čl. 10 (1), ZDZ),²⁰ u pravnom prometu (čl. 10 (1) ZDZ); individualizovana (čl. 23 (1) ZDZ) i ne postoji zabrana opterećenja stvari.²¹ Hartija od vrednosti može biti predmet založnog prava ako je založni poverilac vlasnik, odnosno nosilac prava ili prava inkorporiranog u hartiju od vrednosti, a hartija od vrednosti je prenosiva, odnosno imalac može da raspolaže pravom ugrađenim u hartiju od vrednosti.²² Pravo je podobno da bude predmet založnog prava ako je: imovinske prirode (može se unovčiti); prenosivo; punovažano (ako se utvrdi da potraživanje koje je predmet zaloge nije punovažno, prestaje pravo zaloge) i ne postoji zakonska zabrana zalaganja prava svojine.²³

Zakonom o ugovornoj zalozi bliže se uređuje i način sticanja ugovornog založnog prava. Prema zakonskim odredbama, način sticanja ugovornog založnog prava zavisi od vrste založnog prava koje se uspostavlja. Ručna zaloga se može uspostaviti kao posedovana i neposedovana zaloga (čl. 44 ZDZ). Posedovana ručna zaloga se uspostavlja sklapanjem ugovora o zalozi i predajom stvari u posed založnom poveriocu. Neposedovana ručna zaloga se uspostavlja zaključenjem ugovora o zalozi, s popisom i opisom založene stvari i upisom založnog prava u Registar zaloga. Hipoteka se zasniva isključivo kao neimovinska zaloga zaključenjem ugovora o zalozi i upisom hipoteke u Katastar nepokretnosti (čl. 17 ZDZ). Iz zakonskih odredaba možemo zaključiti da se sticanje ugovornog založnog prava ostvaruje

¹⁹ Čl. 357 Zakona o obligacionim odnosima.

²⁰ Prilikom zasnivanja podzaloge postoji izuzetak, odnosno ne traži se da stvar bude u vlasništvu dužnika.

²¹ U makedonskom pravu nije dozvoljeno zasnivanje založnog prava – hipoteka na građevinskom zemljištu u državnom vlasništvu (čl. 45 Zakona o građevinskom zemljištu, *Služben vesnik na RM*, br. 15/15, 98/15, 193/15, 226/15, 31/16, 142/16 i 190/16 i *Služben vesnik na RSM*, br. 275/19).

²² Bliže v.: Zakon za hartije od vrednosti, *Služben vesnik na RM*, br. 25/2007, 86/2007, 123/2007, 140/2007, 146/2007, 7/2008, 45/2009, 57/2010, 135/2011, 13/2013, 188/2013, 43/2014, 15/2015, 154/2015, 192/2015, 23/2016, 83/2018, 83/2018 i 31/2020.

²³ Zabranjen je zalog prva korišćenja zaštićenog geografskog naziva kao pravo intelektualnog vlasništva, čl. 258 (1) Zakona o industrijskoj svojini, *Služben vesnik na RM*, br. 24/2011, 12/2014, 41/2014, 152/2015, 53/2016, 83/2018 i 31/2020.

u dve faze. Prva faza je obezbeđivanje pravnog osnova (*iustus titulus*), a druga faza je pravni način sticanja založnog prava (*modus acquirendi*). Pravni osnov za sticanje ugovornog založnog prava je ugovor o zalozi koji zaključuju založni poverilac i založni dužnik kao ugovorne strane. Zakon dopušta ugovornim stranama da ugovoru o zalozi daju status izvršne isprave, što se u praksi redovno praktikuje. Ovim se olakšava postupak za ostvarivanje založnog prava založnom poveriocu, jer kada ugovor o zalozi ima karakter izvršne isprave,²⁴ založni poverilac može da zahteva ostvarivanje založnog prava neposredno na osnovu tog ugovora. Postoje dva pravna načina sticanja založnog prava: predaja stvari u posed založnom poveriocu (kod podedovnog založnog prava) i upis založnog prava u javne knjige Katastar nekretnina (kod neposedovane zaloge). Zakonski način sticanja založnog prava je značajan ne samo zato što je to momenat definitivnog sticanja založnog prava, već je značajan i zbog toga što omogućava vršenje funkcije javnosti u pogledu stečenog založnog prava.

Zakon o ugovornoj zalozi bliže uređuje ostvarivanje založnog prava tako što se utvrđuju prava i obaveze založnog poverioca i založnog dužnika (čl. 25, 26, 27, 28, 32. i 33 ZDZ). Založni poverilac ima pravo da nadgleda stanje predmetne zaloge, da zahteva od založnog dužnika da otkloni pravne i materijalne nedostatke predmeta zaloge, kao i da preduzme zakonske mere protiv založnog dužnika ako smanji vrednost predmeta zaloge. Založni dužnik ima pravo da koristi predmet zaloge i prikuplja plodove predmeta zaloge, a dužan je da čuva predmet zaloge kao dobar domaćin ili dobar gospodar i da se uzdržava od bilo kakvih radnji koje bi mogle da umanje vrednost predmeta zaloge.

Zakon o ugovornoj zalozi sadrži i posebne odredbe o načinima prestanka založnog prava. Prema odredbama Zakona, založno pravo prestaje: gubitkom poseda na predmetu zaloge (u slučaju neregistrovane zaloge), ispunjenjem obaveze založnog dužnika (prestankom potraživanja), odustajanjem od sredstva obezbeđenja, sjedinjenjem založnog poverioca i založnog dužnika u istom licu, propasti predmeta zaloge usled više sile (osim ako predmet zaloge nije osiguran), prestanak pravnog lica založnog poverioca, a koje nema svog pravnog sledbenika, jednostrani ili sporazumni raskid ugovora o zalozi, istekom određenog vremena (kod ručne zaloge) i realizacijom založnog prava.

Smatramo da je neophodno da se u opštem Zakona o vlasništvu regulišu načini prestanka založnog prava kao opšti načini prestanka svih vrsta založnog prava (pravnog, ugovornog i sudskog).

²⁴ Ugovor o zalozi dobija svojstvo izvršne isprave ako je potvrđen od strane javnog beležnika i ako sadrži izjavu o izvršnosti ugovora koju daju ugovorne strane (čl. 22 ZDZ).

Založno pravo prema Zakonu o obezbeđenju potraživanja

Zakon o obezbeđenju potraživanja (ZOP) reguliše sudsko založno pravo. Reč je o vrsti založnog prava koje nastaje prinudnim putem na osnovu odluke suda (rešenje doneto u postupku za obezbeđenje potraživanja – čl. 4 (4) ZOP).

Prema Zakonu o obezbeđenju potraživanja, pokretne i nepokretne stvari mogu biti predmet sudskog založnog prava. Predmet sudskog založnog prava mogu biti i pokretne stvari izjednačene sa nekretninama, tj. vazduhoplovi.

Za razliku od ugovornog založnog prava, koje se može zasnovati i na stvari u svojini trećeg lica, koje pristaje da svoju stvar da kao obezbeđenje tuđeg duga, sudsko založno pravo, jer se uspostavlja prinudnim putem, može se zasnovati samo na stvari u vlasništvu dužnika (čl. 12. i 17 ZOP). Pored toga, Zakon o obezbeđenju potraživanja isključuje mogućnost da stvari koje su izuzete od izvršenja budu predmet sudskog založnog prava (čl. 10).

Zakonom o obezbeđenju potraživanja propisana je i obaveza upisa sudskog založnog prava u javne knjige (založni registar ili katastar nepokretnosti), što je dobro zakonsko rešenje, pre svega zbog javnosti i zadržavanja prioriteta u pogledu sticanja založnih prava.

Založno pravo prema Zakonu o obligacionim i stvarnopravnim odnosima u vazdušnom saobraćaju

Zakonom o obligacionim i stvarnopravnim odnosima u vazdušnom saobraćaju (ZOSOVS) na poseban način se uređuje zakonsko i ugovorno založno pravo (hipoteka) na vazduhoplovu. Zakon poznaje i sudsko založno pravo na vazduhoplovu, ali se u pogledu njegovog uspostavljanja poziva na odredbe Zakona o obezbeđenju potraživanja. Vrlo slično Zakonu o ugovornoj zalozi, Zakon o obligacionim i stvarnopravnim odnosima u vazdušnom saobraćaju predviđa da predmet založnog prava može biti vazduhoplov, idealni deo vazduhoplova i vazduhoplov u izgradnji (v. čl. 150, 155. i 157). Zakon takođe poznaje i nadhipoteku i istovremenu hipoteku na vazduhoplovu (čl. 156. i 160).

Založno pravo prema Zakonu o unutrašnjoj plovidbi

Zakon o unutrašnjoj plovidbi (ZUOI) reguliše zakonsko i ugovorno založno pravo na brodu. Odredbe Zakona koji uređuje založna prava na brodovima u velikoj su meri slične odredbama zakona koji uređuje založna prava na vazduhoplovu. Ono što iznenađuje u Zakonu o unutrašnjoj plovidbi jeste tretman brodova kao pokretnih stvari (čl. 110), što je odstupanje od opšteprihvaćenog mišljenja da su

brodovi pokretne stvari s pravnim tretmanom nepokretnosti. Druga specifičnost Zakona o unutrašnjoj plovidbi je da zakonsko založno pravo na brodu reguliše kao vremenski ograničeno pravo. Naime, u skladu sa zakonskim odredbama, zakonsko založno pravo na brodu prestaje u roku od jedne godine od dana nastanka ili dospeća za naplatu obezbeđenog potraživanja u zavisnosti od prirode potraživanja, odnosno u roku od 60 dana od izvršenja presude kojom je utvrđeno zakonsko založno pravo, ako založni poverilac ne zahteva prodaju broda (čl. 143 ZVPI). Prilikom prenosa prava svojine ili prava raspolaganja brodom, zakonsko založno pravo prestaje ako založni poverilac ne pokrene postupak za namirenje potraživanja u roku od 60 dana od dana objavljivanja prenosa u službenom listu ili je istekao rok od jedne godine koji važi za zakonska založna prava (čl. 142 ZVPI).

PRAVNA REGULACIJA FIDUCIJARNOG PRENOSA PRAVA SVOJINE

Institut „fiducijarni prenos“ datira još iz perioda rimskog prava. U rimskom pravu fiducijalni prenos se zasnivao na sporazumu između fiducijanta i fiducijara koji je mogao imati različite ciljeve. Polazeći od ciljeva, rimsko pravo je razlikovalo dve vrste fiducijarnog prenosa, i to: fiducijalni prenos za potrebe fiducijanta – *fiducia cum acmco contracta* i fiducijalni prenos radi obezbeđenja – *fiducia cum creditore contracta*.²⁵

Danas pravna teorija fiducijarni prenos definiše kao obligacionopravni odnos u kome fiducijant prenosi svoje pravo na fiducijara radi ostvarivanja određenih ciljeva²⁶ ili kao način korišćenja prava svojine radi obezbeđenja potraživanja.²⁷ Iako postoje različiti pristupi u načinu definisanja fiducijarnog prenosa, autori se slažu da se fiducijarni prenos u savremenim pravnim sistemima koristi kao sredstvo obezbeđenja potraživanja. Kako napominje profesor N. Gavella, fiducijalni prenos može nastati na tri osnovna načina: 1) kao obligacionopravni odnos na osnovu ugovora u kome fiducijant prenosi neko svoje pravo fiducijaru kao obezbeđenje, 2) kao stvarnopravni odnos u kome fiducijant (vlasnik) uslovno prenosi pravo svojine fiducijaru radi obezbeđenja potraživanja ili 3) kao pravni odnos nastao u sudskom postupku (ili pred nadležnim javnim beležnikom) radi obezbeđenja potraživanja.²⁸

²⁵ R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit., 358. Tomislav Karlović, „Fiducijarni prijenos vlasništva i trust. Uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i o njegovom priznavanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 55, 3, 2018, 582–583.

²⁶ R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit., 358. Z. P. Rašović, op. cit., 526.

²⁷ N. Gavella *et. al.*, op. cit., 469.

²⁸ N. Gavella *et. al.*, op. cit., 473.

Makedonsko pravo, manje-više, reguliše sva tri načina fiducijarnog prenosa, kao obligacionopravni odnos, kao stvarnopravni odnos i kao odnos nastao sudskom odlukom ili u postupku pred nadležnim javnim beležnikom.

Obligacionopravni odnos fiducijarnog prenosa regulisan je čl. 433 Zakona o obligacionim odnosima. Zakonodavac ne koristi termin „fiducijarni transfer“ već definiše prenos kao „ustupanje u svrhu obezbeđenja“. U skladu sa zakonskim odredbama, kada se određeno potraživanje prenosi sa ustupitelja na primaoca radi obezbeđenja, primalac ima obavezu da se stara o naplati ustupljenog potraživanja kao dobar domaćin ili dobar privrednik. Nakon što primalac naplati ustupljeno potraživanje, ima pravo da zadrži dovoljno sredstava za namirenje svog potraživanja, a ostatak vrati ustupiocu.

Fiducijarni prenos kao prenos prava svojine radi obezbeđenja pominje se u Zakonu o svojini. Ovaj zakon, kao i Zakon o obligacionim odnosima, ne koristi termin fiducijarni prenos, već koristi termin „prenos svojine radi obezbeđenja“ (čl. 225 (3)). U pogledu „prenosa svojine radi obezbeđenja“, Zakon o svojini sadrži samo jednu odredbu koja se odnosi na analognu primenu odredaba o založnom pravu. Činjenica da se zakonodavac poziva na analognu primenu odredaba o založnom pravu implicira da je intencija zakonodavca da ovom odnosu da karakteristike stvarnopravnog odnosa. Nedostatak preciznih odredaba za regulisanje fiducijarnog prenosa prava svojine u opštem Zakonu o svojini verovatno je posledica očekivanja zakonodavca da će ova institucija biti bliže uređena posebnim zakonom, međutim, takav zakon nije usvojen u zakonskoj regulativi sistema Republike Severne Makedonije.

Kao pravni odnos nastao sudskom odlukom (ili pred nadležnim javnim beležnikom) radi obezbeđenja potraživanja, fiducijarni prenos je regulisan Zakonom o obezbeđenju potraživanja. U Zakon o obezbeđenju potraživanja takođe se ne koristi termin fiducijarni prenos, već se koristi termin „obezbeđenje prenosom svojine na stvarima i prenosom prava“. Za razliku od sudskog založnog prava, koje nastaje prinudno na osnovu sudske odluke, fiducijarni prenos u sudskom postupku nastaje na osnovu sporazuma između poverioca i dužnika. Sporazumom dužnik se saglašava da neka svoja prava prenese na poverioca radi obezbeđenja (čl. 44). Dovoljeno je i da treće lice (koje nije dužnik) prenese svoje pravo na poverioca kao obezbeđenje. Kada sporazum o fiducijarnom prenosu nastane u sudskom postupku za obezbeđenje potraživanja, sud to konstatuje u zapisniku. Zapisnik ima pravno dejstvo sudskog poravnjanja (čl. 46). Zapisnik sa sporazumom o fiducijarnom prenosu može da sadrži i izjavu dužnika da je saglasan da na osnovu zapisnika poverilac može da zahteva prinudno izvršenje (čl. 48). Ako postoji takva izjava dužnika, zapisnik ujedno ima i svojstvo izvršne isprave na osnovu koje se može sprovesti prisilno izvršenje od strane ovlašćenog izvršioca. Sporazum o fiducijarnom

prenosu može se sklopiti i u postupku pred nadležnim javnim beležnikom u formi javnobeležničkog akta ili na osnovu solemnizovanog ugovora kod javnog beležnika (čl. 50). Fiducijarni prenos prava svojine radi obezbeđenja evidentira se u odgovarajućim javnim knjigama. Kada se fiducijarnim prenosom prenosi pravo svojine na nepokretnosti, prenos se evidentira u Katastru nepokretnosti, a ako se fiducijarnim prenosom prenosi pravo svojine na pokretnoj stvari, prenos se evidentira u Centralnom registru (čl. 47. i 50a).

Odredbe kojima se uređuje fiducijarni prenos u Zakonu o obezbeđenju potraživanja prilično su neprecizne i zbunjujuće, što otežava njihovu pravilnu primenu. Iz odredaba se može zaključiti da Zakon pravi razliku između fiducijarnog prenosa prava svojine i fiducijarnog prenosa potraživanja ili drugih imovinskih prava radi obezbeđenja. Kada se u zakonskom tekstu govori o fiducijarnom prenosu prava svojine radi obezbeđenja, zakonodavac koristi pojmove „prenos prava svojine na nepokretnosti“ i „prenos prava svojine na pokretnim stvarima“, a kada se u zakonskom tekstu govori o fiducijarnom prenosu potraživanja ili druge vrste imovinskih prava, tada zakonodavac koristi termin „prenos prava“. Iako zakonodavac u osnovi pravi razliku između fiducijarnog prenosa prava svojine i fiducijarnog prenosa potraživanja ili drugih imovinskih prava, on nije dosledan u pravljenju takve razlike jer sadrži odredbe koje nisu jasne, da li su opšte primenljive ili se odnose na određenu vrstu fiducijarnog prenosa.

Kada je reč o fiducijarnom prenosu prava svojine (na pokretnim ili nepokretnim stvarima), možemo zaključiti da je reč o uslovnom prenosu prava svojine, iako to nije izričito navedeno u zakonskom tekstu. Da je reč o „uslovnom prenosu“ prava svojine i da poverilac ne postaje „stvarni vlasnik“ stvari posredno dolazimo do zaključka analizom više odredaba sadržanih u Zakonu o obezbeđenju potraživanja. Da je fiducijarni prenos prava svojine uslovljen implicira i odredba čl. 54, u kojoj se navodi da se na prenos prava svojine ne primenjuju odredbe iz propisa o porezu na promet, što znači da zakonodavac ne smatra ovaj prenos prometom u pravom smislu te reči. Druga odredba koja ukazuje na uslovljenost prenosa prava svojine je odredba čl. 51, u kojoj je navedeno da i pored fiducijarnog prenosa prava svojine, dužnik zadržava pravo korišćenja stvari, a poverilac nije ovlašćen da raspolaze stvarima. Da je fiducijarni prenos prava svojine uslovljen pokazuje i odredba čl. 56 (2) koja ovlašćuje dužnika da pokrene postupak prinudnog izvršenja protiv poverioca kome je bilo preneto pravo svojine radi obezbeđenja. Isto tako, uslovna priroda fiducijarnog prenosa prava svojine vidi se i iz odredbe čl. 59. st. 2, u kojem je navedeno da ako nakon tri meseca od pokretanja postupka prodaje stvari koja je predmet fiducijarnog prenosa izvršitelj ne uspe da je proda, onda se smatra da je poverilac postao „punovažni vlasnik“ te stvari.

Na fiducijarni prenos potraživanja ili drugih imovinskih prava u osnovi se primenjuju odredbe o prenosu prava svojine na pokretnim stvarima radi obezbeđenja. U pogledu fiducijarnog prenosa potraživanja ili drugih imovinskih prava, Zakon sadrži i posebnu odredbu kojom se uređuju dužnosti poverioca na koga je preneto potraživanje ili drugo imovinsko pravo. U skladu sa zakonskim odredbama, poverilac je dužan: da se stara o očuvanju prenetog potraživanja, da naplati kamatu i druga povremena potraživanja i da naplati preneseno potraživanje kada bude dospelo (čl. 52).

Budući da se fiducijalni prenos prava svojine i fiducijalni prenos potraživanja i drugih imovinskih prava zasnivaju na postojanju odnosa međusobnog poverenja između dužnika (fiducijenta) i poverioca (fiducijara), Zakon o obezbeđenju potraživanja predviđa krivičnu odgovornost zbog zloupotrebe poverenja poverioca koji će raspolagati stvarima ili pravima koja su mu preneti (čl. 55).

U pogledu pravnog uređenja fiducijarnog prenosa prava svojine radi obezbeđenja, ukazujemo na potrebu njegovog posebnog uređenja kada on nastaje kao stvarnopravni odnos. Uređenje fiducijarnog prenosa prava svojine kao stvarnopravnog odnosa trebalo bi da bude izvršeno posebnim materijalno-pravnim zakonom, koji će ukazati na osobenosti ove vrste fiducijarnog prenosa, a posebno na uslovljenost prenosa prava svojine i dejstvo *erga omnes* i potrebu evidentiranja prenosa svojine na nepokretnosti u javnim knjigama, uz evidenciju činjenica da je prenos izvršen radi obezbeđenja.²⁹

Prof. Dr. RODNA ŽIVKOVSKA
Full Professor, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

Prof. Dr. TINA PRŽESKA
Full Professor, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

REAL SECURITIES FOR SECURING CLAIMS IN THE MACEDONIAN LAW

Summary

The paper analyses the regulation on the right of pledge and the fiduciary transfer as real securities in the Macedonian law. Regarding the regulation of the right of pledge the paper demonstrates that the regulation is vast, but inconsistent and it does not attribute to the concept of the right

²⁹ Odredba o upisu činjenice da je prenos prava svojine nekretnine stečen radi obezbeđenja sadrži Zakon o katastru nekretnina (čl. 173 (3)), ali je poželjno da bude precizirano i materijalno-pravnim propisom koji će bliže urediti fiducijarni prenos prava svojine.

of pledge as a single property law institute. In order to overcome this problem, the paper proposes amendments to the basic Law on Ownership and Other Real Rights so that all aspects of the right of pledge would be regulated in a general fashion – acquisition, exercise, protection and termination. From the analysis of the regulation on fiduciary transfer it is concluded in the paper that the fiduciary transfer is regulated both as an obligation and as property law institute. The fiduciary transfer of claims or other rights is considered to be an obligation, while the fiduciary transfer of ownership is attributed some of the characteristic of real rights. The paper underlines that there is a need for separate regulation of the fiduciary transfer of ownership and in a way that will reflect its characteristics as a real security.

Key words: property law, pledge, fiduciary transfer, real securities

Literatura

- Babić I., *Građansko pravo*, knjiga 2: *Stvarno pravo*, Beograd, Novi Sad, 2012.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z., *Stvarno pravo*, svezak drugi, Narodne novine d. d., Zagreb, lipanj 2007.
- Karlović T., „Fiducijarni prijenos vlasništva i trust. Uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i o njegovom priznavanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 55, 3, 2018.
- Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Zograf, Niš, 2004.
- Lazić M., *Prava realnog obezbeđenja*, Punta, Niš, 2009.
- Rašović Z. P., *Stvarno pravo*, drugo izdanje, Službeni list, Beograd, 2005.
- Живковска Р., Пржеска Т., *Граѓанско право. Опит дел*, Европа 92, Скопје, 2021.
- Живковска Р., *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005.

PREGLEDNI RAD

ALEKSANDRA PAVIĆEVIĆ

PRESTANAK PRAVA ZADRŽAVANJA

Predmet rada je analiza razloga i načina za prestanak prava zadržavanja (retencije), kao autentičnog instituta koji ex lege ojačava pravnu poziciju poverioca, a ograničava svojinu dužnika u građanskopravnom odnosu, najpre u domaćem pozitivnom pravu (u Zakonu o obligacionim odnosima), a potom i u stranim evropskim rešenjima. Upotrebom normativnog, uporednopravnog i aksiološkog metoda, u radu se razmatraju svi načini prestanka retencije, razvrstani na dve velike grupe, i to: posredne i neposredne načine. Autor u radu argumentuje svoj stav o doktrinarno spornim načinima prestanka retencije i obrazlaže: – zašto smatra da retencija opstaje u slučaju prenosa njome obezbeđenog potraživanja; – zašto je u situaciji prodaje retinirane stvari zarad namirenja potraživanja iz njene vrednosti reč o posrednom, a ne samostalnom načinu prestanka retencije; kao i – zašto retencija ne prestaje usled upotrebe retinirane stvari od strane retinenta. Važeću domaću regulativu autor ocenjuje kao načelno adekvatnu i pretežno usklađenu sa inostranim rešenjima, a zalaže se za preciziranje pojedinih spornih načina prestanka retencije de lege ferenda radi pravne sigurnosti, kao i za normiranje sporazumnog prestanka retencije i sticanjem svojine na zadržavanoj stvari od nevlasnika.

Ključne reči: stvarno pravo, pravo realnog obezbeđenja potraživanja, pravo zadržavanja (retencija), posredni i neposredni načini prestanka retencije

U V O D

Pravo zadržavanja (retencija) predstavlja osobenu pravnu konstrukciju u funkciji zaštite prava u jednom dužničko-poverilačkom odnosu i svojevrsno „mešanje“

Dr Aleksandra Pavićević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: apavicevic@jura.kg.ac.rs.

zakonodavca u odnos *inter partes*, kroz davanje mogućnosti poveriocu i za uspostavljanje jednog stvarnopravnog odnosa sa dužnikom. Dužnikova stvar je predmet poveriočevog (retinentovog) zadržavanja, a sa primarnom svrhom realnog obezbeđenja dospelog, a neizmirenog potraživanja, kroz vršenje pritiska na dužnika da dug izmiri i konačno, sa mogućnošću namirenja iz vrednosti zadržavane stvari. U vezi sa ovim institutom moguće je postaviti više doktrinarno značajnih pitanja, ali zbog ograničenosti obimom rada, naš fokus će biti na jednom, a to su načini njegovog prestanka.¹

Primenom normativnog, komparativnog i aksiološkog metoda u analizi pojedinih zakonskih rešenja, stavova doktrine i sudske prakse u domaćoj² i u evropskim državama sa najdužom tradicijom građanskih zakonika; kao i teksta dva nacrt, koji pretenduju da postanu buduće pravo Republike Srbije,³ nastojaćemo da u radu odgovorimo na pitanje: na koje sve načine retencija, kao značajno zakonsko ograničenje svojine dužnika, može prestati. S obzirom na činjenicu da je retencija pravo koje je strogo akcesorne prirode,⁴ u funkciji glavnog, obezbeđenog potraživanja, ona ima svrhu samo dok postoji glavno pravo. Stoga, kada iz bilo kog razloga prestane da postoji potraživanje koje je dotad obezbeđivala, prestaje da postoji i materijalnopravni razlog njenog konstituisanja, te i ona automatski „otpada“.⁵ S druge strane, iako nastaje kao sporedno, nesamostalno pravo, retencija je institut sa sopstvenom fizionomijom, za čiji opstanak nije dovoljno samo postojanje nenamirenog (dospelog) potraživanja, već i niz drugih uslova predviđenih zakonom. Otpadne li u međuvremenu neki od njih, retencija će takođe prestati da postoji, čak i ako glavno pravo opstaje.

¹ O tome je pisano i u: Aleksandra Pavićević, „Pravo retencije“, neobjavljena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016, 469–489.

² U domaćem pozitivnom pravu retencija (pravo zadržavanja) normirana je u čl. 286–289 Zakona o obligacionim odnosima. V. Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 i 57/1989; *Službeni list SRJ*, br. 31/1993; *Službeni list SCG*, br. 1/2003, u daljem tekstu: ZOO.

³ Prednacrt građanskog zakonika Srbije je 2015. godine izradila Komisija koju je formirala Vlada Republike Srbije, ali je neizvesno hoće li tekst Prednacrt u perspektivi biti usvojen. V. Vlada Republike Srbije, Građanski zakonik RS, treća knjiga, Stvarno pravo, deo treći, Beograd 2015, https://www.paragraf.rs/nacrt_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, u daljem tekstu Prednacrt. Drugi, ranije izradeni zakonski predlog je tekst Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije iz 2011., koji nije dočekaao javnu raspravu, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, 10. 8. 2022, u daljem tekstu: Nacrt.

⁴ Tako i: Miroslav Lazić, *Pravo realnog obezbeđenja*, Punta, Niš, 2009, 94.

⁵ Silvija Petrić, *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta, Split, 2004, 369.

Stoga, postoje dve grupe razloga usled kojih pravo retencije može prestati, (opšteprihvaćene u domaćoj i stranoj doktrini),⁶ te ćemo takvu sistematiku slediti u radu, a to su: 1) *posredni* načini (prestanak retencije sa prestankom potraživanja) i 2) *neposredni* načini prestanka (prestanak retencije nezavisno od postojanja potraživanja).⁷ Zbog značajnih pravnih posledica koje izaziva, ovo pitanje smatramo izuzetno važnim, i to kako u kontekstu planirane reforme srpskog građanskog prava, tako i zbog tekuće harmonizacije različitih nacionalnih zakonskih rešenja na regionalnom nivou.

POSREDNI NAČINI PRESTANKA PRAVA ZADRŽAVANJA

Ovi načini prestanka retencije su posledica tzv. vremenske koincidencije⁸ nastanka, postojanja i prestanka glavnog i obezbeđujućeg prava, čija se svrha iscrpljuje sa nestankom potraživanja.⁹ U ovu grupu načina „gašenja“ retencije, koji su posledica njene isključive prirode „pomoćnog prava obezbeđenja“,¹⁰ pregledom stavova u literaturi,¹¹ možemo izdvojiti sledeće (opšteprihvaćene) grupe načina njenog prestanka: A) *ispunjenjem (namirenjem)* potraživanja, kao osnovnim i najčešćim načinom,¹² B) *svim ostalim načinima*, čiji je efekat isti kao ispunjenje potraživanja, a to su: 1) davanje umesto ispunjenja (*datio in*

⁶ O načinima prestanka retencije u francuskom pravu v. Louis Guiolluard, *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Pedone, Paris, 1896, 441–446.

⁷ Mihajlo Vuković, „Pravo trgovačke retencije“, *Spomenica Mauroviću*, I, Globus, Beograd, 1934, 27.

⁸ Zoran Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, doktorska disertacija, Beograd, 1991, 434.

⁹ Deo doktrine ovo naziva posledicom: „dejstva akcesornosti u prestanku“. V. Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015, 155.

¹⁰ Više u: Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil*, Tome III: *Les sûretés la publicité foncière*, Sirey, Paris, 1971, 36.

¹¹ Više u: Radmila Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom drugi, Službeni list, Beograd, 1978, 1279; D. Hiber, M. Živković, op. cit., 170–171; Nina Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2012, 420; Zlatan Stipković, „Pravo retencije i neki slični instituti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII, br. 3, 1972, 290; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, 418; Jovan Gucunja, „Pravna dejstva prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 11, 1979, 27–28; Staniša Paunović, „Pravo zadržavanja – retencije (*Ius retentionis*)“, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008, 69.

¹² Radmila Kovačević-Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Punta, Niš, 2009, 248.

solutum);¹³ 2) kompenzacija; 3) otpuštanje, tj. oproštaj duga; 4) novacija (prenov) i 5) konfuzija (spajanje ličnosti poverioca i dužnika u jednom licu). Deo doktrine¹⁴ navodi i *zastarelost* kao način prestanka retencije, i to kao posledicu njene akcesornosti.¹⁵ Ipak, smatramo da usled protoka roka zastarelosti (prethodno punovažno zasnovana) retencija ne prestaje,¹⁶ jer ni potraživanje ne prestaje na taj način, već samo slabi, te ovu situaciju nećemo izdvojiti kao jedan od načina gašenja ovog prava.

Prestanak prava zadržavanja ispunjenjem duga

Tipičan način prestanka retencije akcesornim putem¹⁷ jeste ispunjenjem duga od strane dužnika (ili eventualno trećeg lica).¹⁸ S obzirom na to da retencija u gotovo svim regulativama¹⁹ predstavlja nedeljivo pravo, da bi prestala, neophodno je da ispunjenje obezbeđenog potraživanja bude potpuno, a ne delimično. U protivnom, retencija će nastaviti da postoji, kao realno obezbeđenje preostalog dela potraživanja. Plaćanjem, davanjem ili drugim vidom izvršenja dugovane prestacije, dužnik ispunjava glavnu obavezu prema poveriocu, zbog čega otpada opravdanje daljeg zadržavanja njegove stvari.²⁰ Tada za poverioca nastaje obaveza povraćaja retinirane stvari (sa neodvojenim plodovima) njenom vlasniku (koji više nije njegov dužnik), jer otpada *ratio* daljeg zadržavanja.

Ostali posredni načini prestanka prava zadržavanja

U ostale akcesorne načine prestanka retencije možemo ubrojati sve klasične načine gašenja prava obezbeđenja, predviđene opštim pravilima obligacionog prava

¹³ V. čl. 308 ZOO.

¹⁴ Radmilo Lorenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966, 106–107; S. Petrić, op. cit., 370.

¹⁵ Više u: R. Lorenc (1966), op. cit., 108.

¹⁶ G. Marty, P. Raynaud, op. cit., 442 i dalje.

¹⁷ V. i: čl. 1289 Francuskog građanskog zakonika (FGZ) i čl. 120 Švajcarskog zakonika o obligacijama (ŠZO).

¹⁸ Ipak, tada je moguća i zakonska ili ugovorna subrogacija. V. čl. 300 ZOO.

¹⁹ U ovom smislu izuzetak je rešenje švajcarskog prava.

²⁰ Ispunjenjem duga poverilac ostvaruje primarno željenu obligaciju, zbog čega nema više pravo na retenciju, koja je dotad predstavljala tehniku aktiviranja obaveze dužnika. Dotad suženo pravo svojine dužnika (protivnika retencije) na retiniranoj stvari, sopstveniku se vraća u punom obimu, usled svojstva rekadentnosti svojine.

za prestanak potraživanja,²¹ i to: 1) *davanje umesto plaćanja (datio in solutum)*;²² 2) *kompenzacija*;²³ 3) *otpuštanje duga*;²⁴ 4) *novacija (prenov)*;²⁵ 5) *konfuzija*;²⁶ 6) *protek vremena*; 7) *smrt dužnika kod obaveza intuitu personae*;²⁷ i 8) *nemogućnost ispunjenja*.²⁸

Prenos potraživanja. – Iako u ovom slučaju zapravo nije reč o prestanku retencijom obezbeđenog potraživanja, već o *promeni ličnosti poverioca* retencijom obezbeđenog potraživanja, u delu doktrine se ova situacija smatra načinom prestanka retencije. Pritom, problem ne postoji kod univerzalne sukcesije (nasleđivanja ostavioca retinenta) budući da se naslednici potpuno supstituišu u pravnu poziciju ostavioca,²⁹ a posed stiču otvaranjem njegovog nasleđa.³⁰ Ipak, singularna sukcesija, konkretno cesija potraživanja, smatra se spornim (potencijalnim) načinom gašenja retencije.

²¹ U Odeljku 3 ZOO regulisani su „ostali načini prestanka obaveze“.

²² Prema ZOO obaveza prestaje ako poverilac u sporazumu sa dužnikom primi nešto drugo umesto onoga što mu se duguje. Čl. 308 ZOO. V. čl. 1414 Austrijskog građanskog zakonika (AGZ); § 364 NGZ; čl. 1243 FGZ.

²³ Čl. 336 ZOO. Ovaj način prestanka retencije je obuhvaćen u: čl. 1438 AGZ; u § 387 NGZ. Kompenzacija može biti potpuna i delimična, a samo potpunom pretaće i retencija kao akcesorijum.

²⁴ Otpuštanje duga nastaje kada poverilac izjavi dužniku da neće tražiti njeno ispunjenje i dužnik se s tim saglasi. V. čl. 344. i 345 ZOO. U stranim regulativama ovaj način prestanka potraživanja predviđen je u: čl. 1444 AGZ; u § 397 NGZ; čl. 1282 FGZ; i čl. 115 ŠZO.

²⁵ Obaveza prestaje ako se poverilac i dužnik saglase da postojeću obavezu zamene novom i ako nova obaveza ima različit predmet ili različit pravni osnov. Odsek 3, čl. 348 st. 1 ZOO. O slučajevima kada neće doći do prenova v. čl. 348 st. 2. i 3 ZOO. V. i: čl. 350 ZOO. Cf. Jacques Derrida, *Encyclopedie Dalloz de droit civil*, 1954, 710; S. Petrić, op. cit., 370.

²⁶ Obaveza prestaje sjedinjenjem kad jedno isto lice postane i poverilac i dužnik, u slučaju univerzalne sukcesije (kada poverilac nasledi svog dužnika ili obrnuto), te dolazi do stapanja dve imovine u jednu; i b) singularne sukcesije, kada jedno od ova dva lica postane ujedno dužnik i poverilac iste, konkretne tražbine. V. Odsek 4, čl. 353 ZOO. V. i: čl. 1445 AGZ; čl. 1300 FGZ i čl. 118 ŠZO.

²⁷ Smrću dužnika ili poverioca prestaje obaveza samo ako je nastala s obzirom na lične osobine ugovorača ili lične sposobnosti dužnika. Čl. 359 ZOO. Ovo je izuzetak od opšteg pravila građanskog prava o prenosivosti prava i obaveza sa jednog građanskopravnog subjekta na drugog *inter vivos i mortis causa*, jer je reč o tzv. ličnim imovinskim pravima.

²⁸ Prema ZOO, obaveza prestaje i kada njeno ispunjenje postane naknadno nemoguće, usled okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara. V. čl. 354 ZOO.

²⁹ Tako i: S. Petrić, op. cit., 371.

³⁰ Čl. 73 ZOSPO.

Shvatanja doktrine³¹ po pitanju prenosivosti retencije (kao akcesornog prava, uz prenos obezbeđenog potraživanja) podvojena su: 1) pojedini autori ovu mogućnost potpuno odbacuju; dok je 2) drugi smatraju uslovno mogućom. Ti uslovi su prema shvatanjima različitih autora drugačiji, a među njima se navode sledeći: a) zasnivanje poseda cesionara na istoj, prethodno retiniranoj stvari; b) pristanak dužnika (vlasnika stvari) na prenos državnine te stvari; ili pak v) prihvatanje koncepcije dozvoljenog posrednog poseda retinenta.

Kao argumenti u prilog mogućnosti prenosa retencije u literaturi³² navode se: a) zakonom predviđena analogija sa založnim pravom – u državama u kojima takva odredba postoji; b) opšta odredba ZOO o sporednim pravima obezbeđenja, koja slede pravnu sudbinu glavnog prava (*accessorium sequitur principale*), koju smatramo ključnom.³³ Smatramo da ovde suštinski nije problem u pitanju prenosivosti retencije kao takve, jer ona bi, kao sporedno pravo, po definiciji morala biti prenosiva uz glavno. Pitanje je samo kako da se to tehnički izvede u državama u kojima je retencija moguća samo uz neposrednu državinu stvari. U tom slučaju, paralela sa ručnom zalogom nije primenljiva – jer kod nje je moguća i posredna državina. S druge strane, prenosivost retencije je tehnički sasvim izvodljiva u državama u kojima je dopuštena i posredna državina, kao preduslov nastanka retencije (tada stvar ostaje kod prvog poverioca).

U našoj državi, kao i u većini regulativa iz našeg uzorka uz cesiju potraživanja bila bi nužna i predaja stvari novom poveriocu u neposrednu državinu, ali tada se postavlja pitanje: da li je to „stara“ ili nova retencija? Ovo je naročito važno u državama gde je koneksitet uslov retencije, a njega nema na strani novog poverioca. Tada retencija može opstati samo kao „stara“ sa svojstvom prenosivosti, jer ako je to nova retencija – novi poverilac ne ispunjava uslove za nju.³⁴ Pritom, ideja da je retencija neprenosiva ne znači da je ona obligaciono pravo, kako se u delu doktrine

³¹ O sporu u nemačkoj doktrini v. više kod: Adolf Baumbach, Konrad Duden, *Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare*, Band 9, München und Berlin, 1959, 496.

³² Karl Oftinger, *Das Fahrnispfand, Commentaire zurichois*, 3rd. Edition, Zürich, 1981, 392 i dalje. U švajcarskoj doktrini se tako ističe kao moguća analogna primena odredbe čl. 170 ŠZO, po kojoj: „ustupanje potraživanja obuhvata sva osnovna i sva sporedna prava...“ (osim onih koja su neodvojiva od ličnosti ustupioca).

³³ U hrvatskoj doktrini se ističe slična argumentacija pozivanjem na pravilo iz čl. 437 hrvatskog Zakona o obveznim odnosima. S., Petrić, op. cit., 372.

³⁴ To se izvodi i iz pravila *accessorium sequitur principale*, tj. retencija je prenosiva uz prenos neposredne državnine i ne gasi se prestankom neposredne državnine na strani novog poverioca. Za prenos neposredne državnine dužnikova saglasnost nije potrebna, jer je nije bilo ni kod prvobitnog zasnivanja retencije. U tom slučaju nije ni bitno da li novi poverilac ispunjava uslove za retenciju, jer je prvi ispunjavao.

tvrdi, jer prenosivost ne zavisi od pravne prirode retencije. Naime, sva građanska prava treba da imaju svojstvo prenosivosti – i stvarna i obligaciona (što je jedna od odlika građanskih prava). Ako retenciju smatramo neprenosivom, onda to samo može da znači da je tretiramo kao neprenosiva imovinska prava, vezana za ličnost titulara (tzv. lična imovinska prava).³⁵ Zato se otvara pitanje da li je retencija čisto imovinsko pravo ili lično imovinsko pravo, neodvojivo od ličnosti prvog poverioca (poput npr. alimentacija ili plodouživanja). Naša je ocena da je retencija ipak čisto imovinsko pravo, dakle odvojivo od ličnosti prvog titulara. Sve prethodno navedeno je argumentacija u prilog stavu o prenosivosti retencije, što je stav koji smatramo adekvatnijim.

Drugi mogući (a suprotni) način razmišljanja je sledeći: retencija se gubi prestankom neposredne državnine (u državama u kojima je neposredna državnina uslov retencije, kao u domaćem pravu), što znači da je u pitanju neprenosivo pravo. Moguće je da ovakav stav polazi od ideje da je retencija lično imovinsko pravo – što nam se ne čini tačnim. Naime, retencija ima funkciju akcesornog realnog sredstva obezbeđenja, koje kao takvo sledi pravnu sudbinu glavnog prava. Stoga je logična posledica akcesornosti – prenos retencije (kao sporednog prava) uz prenos potraživanja (kao glavnog). U protivnom, teza o akcesornosti retencije bi „otpala“, jer u ovom slučaju retencija ne bi „sledila“ glavno pravo, čijem obezbeđenju služi. Zaključak da se retencija gubi prestankom poseda prvog retinenta, što kod predaje stvari cesionaru jeste slučaj, značio bi da je prethodna retencija prestala, a da je odmah zatim, bez vremenskog vakuuma, na istoj stvari, protiv istog dužnika – zasnovana nova (od strane novog titulara).

Prestanak prava zadržavanja prodajom zadržavane stvari. – Za ovaj način prestanka retencije je sporno da li ga treba svrstati u posredne ili neposredne načine prestanka. Doktrina ga uglavnom ne smatra samostalnim načinom prestanka retencije, jer je namirenjem potraživanja iz vrednosti ostvarene prodajom retinirane stvari, prestalo da postoji glavno pravo, a sa njim i retencija – kao akcesorijum (a ne obrnuto). Otud je ovo zapravo slučaj akcesornosti retencije u prestanku. Prodaja stvari nije sama sebi cilj, da bi zbog nje prestala retencija nezavisno od potraživanja, a svi samostalni načini prestanka retencije su takvi.

Ipak, s druge strane, ovu situaciju možemo posmatrati i kao istovremeni prestanak oba prava (i glavnog i sporednog), ali ti prestanci su ipak vezani, jer ne prestaje retencija zbog prodaje stvari, već zbog namirenja potraživanja prodajom stvari. Stoga bismo ovaj način prestanka retencije mogli nazvati posrednim

³⁵ Dragoljub Stojanović, Oliver Antić, *Uvod u građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2004, 15.

(vezanim uz prestanak potraživanja) ili eventualno mešovitim. Ovaj supsidijarni način namirenja poverioca (u slučaju kada nema dobrovoljne isplate glavnog duga) ujedno oličava i krajnji domašaj retencije u domaćem, kao i u ostalim pravima sa kvalifikovanim modelom ovog instituta. Jedini preduslov realizacije prava prvenstvenog namirenja retinenta (čak i u slučaju zastarelog potraživanja) jeste prethodno *blagovremeno obaveštenje* dužnika o planiranoj prodaji.³⁶ Po proteku primerenog roka koji je ostavljen dužniku za dobrovoljno ispunjenje, stvar se izlaže javnoj prodaji, odnosno prodaji po tekućoj ili berzanskoj ceni i iz vrednosti ostvarene njenom prodajom namiruju se najpre troškovi postupka, kamata i, konačno, glavnica.³⁷

NEPOSREDNI NAČINI PRESTANKA PRAVA ZADRŽAVANJA

Osim tzv. vezanih načina prestanka retencije, usled prestanka potraživanja, postoje i samostalni, koji vode prestanku retencije nezavisno od potraživanja. Tako, u delu doktrine³⁸ se pravi dalja distinkcija razloga prestanka retencije, koji se odnose na retiniranu stvar, i to na: a) slučajeve *apsolutne propasti* stvari; i b) slučajeve tzv. *relativne propasti* stvari. U prvu grupu spadaju slučajevi *fizičke propasti* stvari (koja je apsolutna, jer se stvar potpuno fizički uništava, te prestanak njene fizičke egzistencije pogađa sva lica sa pravom na stvari).

Druga grupa³⁹ sadrži sledeće razloge prestanka: 1) *nevoljni (i trajni) neželjeni gubitak poseda* (odnosno detencije stvari);⁴⁰ 2) jednostrano odricanje poverioca od prava retencije⁴¹ (*dobrovoljni povraćaj* retinirane stvari vlasniku);⁴² 3) *odricanje od svojine, derelikcija* (tzv. pravo abandona) na retiniranoj (pokretnoj)⁴³ stvari⁴⁴

³⁶ Čl. 289 ZOO. V. S. Paunović, op. cit., 68.

³⁷ Ovo važi shodno pravilima iz čl. 312. i 313 ZOO. Preostali iznos od prodaje, vraća se dužniku.

³⁸ R. Lorenc (1978), op. cit., 1279.

³⁹ O pojedinim načinima gašenja retencije u nemačkom pravu v. Alexander Coppel, *Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers*, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896, 23 i dalje.

⁴⁰ Ako retinirana stvar izađe iz ruku poverioca, pravo retencije prestaje. Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1996, 268; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979, 739.

⁴¹ G. Marty, P. Raynaud, op. cit., 36.

⁴² Nicole Catala-Franjou, „De la nature juridique du droit de retention“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, 42.

⁴³ Ovo preciziranje u domaćoj doktrini prave i: D. Hiber, M. Živković, op. cit, 170.

⁴⁴ Na nepokretnim stvarima nije moguća derelikcija ako na njima postoje prava trećih lica.

od strane njenog vlasnika (dužnika); 4) *konsolidacija* (sjedinenje ličnosti vlasnika retinirane stvari i retinenta u jednom licu); 5) *davanje drugog sredstva* obezbeđenja umesto retencije; a u literaturi se navodi i 6) *nedozvoljena upotreba*⁴⁵ retinirane stvari.

Apsolutna (fizička) propast stvari

Svako stvarno pravo (neraskidivo povezano sa stvari kao objektom) neminovno se gasi usled propasti stvari, te tako i retencija. Zbog dalje objektivne i trajne nemogućnosti vršenja prava na stvari, ovaj razlog prestanka realnog prava obezbeđenja smatra se u stranoj doktrini osobenim, a ne jednim od slučajeva prestanka zbog „prostog“ gubitka poseda. Naime, sve stvari u prirodi su sklone (jačem ili slabijem) prirodnom uticaju, nezavisno od ljudske delatnosti, koji sa sobom neminovno donosi njihovo kvarenje, oštećenje i uopšte smanjenje njihove vrednosti.⁴⁶ Ipak, smanjenje vrednosti stvari i njena apsolutna fizička propast nemaju iste pravne posledice. Naime, dok će retencija nastaviti da postoji na stvari smanjene vrednosti, promenjene fizionomije ili na delimično propaloj stvari (vršenjem neposredne vlasti retinenta na preostalom delu stvari); dok retencija neće opstati u slučaju potpune fizičke propasti stvari.⁴⁷ Ako stvar propadne usled dejstva više sile (*vis maior*) ili usled skrivljene radnje trećeg lica, retencija (kao i zaloga) biva neposredno onemogućena.

Jedino u situaciji da je retinirana stvar prethodno bila osigurana (ili pak da je propala usled skrivljene radnje), može se postaviti pitanje mogućnosti realne subrogacije, tj. zamene objekta (realne garancije) sumom osiguranja ili naknade štete (isplaćene zbog uništenja retinirane stvari). Tada retencija postoji na novcu kao stvari, a ne na potraživanju koje za objekat ima isplatu određene sume (kako se u delu doktrine navodi). Po analogiji sa zalogom moguće je prihvatiti ideju realne subrogacije i za objekat retencije. Retencija stvari, bila bi zamenjena *retencijom isplaćene sume novca*, a sve sa ciljem opstanka prava obezbeđenja (ma šta bio obezbeđujući objekat, a svakako je u pitanju stvar) i sveobuhvatnije zaštite interesa retinenta. Pojedini autori smatraju da ovakva zakonska analogija nije opravdana, jer je retencija institut strogo vezan za posed stvari (bez prava sledovanja), kog nakon

⁴⁵ Ovaj način samostalnog prestanka retencije eksplicitno navodi jedan domaći autor i jedan francuski: R. Lorenc (1978), op. cit., 1279; G. Marty, P. Raynaud, op. cit., 446.

⁴⁶ Z. Rašović, op. cit., 443.

⁴⁷ U slučaju da je retinent skrivio propast stvari, dužnik (vlasnik stvari) svakako će imati pravo na odštetni zahtev prema njemu (obligaciono pravo).

propasti stvari više nema,⁴⁸ sa čime se možemo načelno složiti, naročito zato što nije jasno kako bi retinent došao do neposredne sume novca o kojoj je reč (isplata bi verovatno bila izvršena dužniku).

Ostali načini samostalnog prestanka prava zadržavanja

Gubitak poseda stvari. – Retencija je pravo koje je suštinski povezano sa posedom stvari koji je uslov njenog postojanja. Stoga, gubitak poseda po pravilu uzrokuje gubitak ove garancije. Međutim, za razliku od starije doktrine,⁴⁹ koja je svaki, pa i privremeni gubitak faktičke vlasti smatrala dovoljnim za gubitak retencije, danas, po našem mišljenju opravdano, prevladava stav po kome *tek trajni (a neželjeni) gubitak poseda* uslovljava prestanak ovog prava.⁵⁰ Ovo je logična posledica koncepta državinske zaštite retinenta. Tek ako u zakonskim rokovima predviđenim za podizanje državinskih tužbi ili vršenjem samopomoći⁵¹ retinent ne uspe da povрати neposrednu državinu – on definitivno gubi pravo retencije.⁵² U suprotnom, ako stvar uspe blagovremeno da povрати, doktrina⁵³ većinski smatra da do prekida poseda nije ni došlo, te da retencija zadržava svoj prvenstveni red od momenta izvornog nastanka prava (a ne od trenutka povraćaja stvari). Ovakvo rešenje se i nama čini smislenim, pravičnim, usklađenim sa idejom garantovane državinske zaštite svakog držaoca (pa i retinenta), a čak i pravno nužnim, kako ceo koncept retiniranja ne bi bio obesmišljen.⁵⁴ U švajcarskoj doktrini⁵⁵ ovo pitanje je dugo smatrano spornim, a danas je dominantan stav o kontinuitetu državine, tj. opstanku retencije uprkos privremenom, neželjenom gubitku poseda

⁴⁸ Philippe Simler, Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés*, Dalloz, Paris, 1989, 401. I pojedini hrvatski autori ovo pitanje označavaju kao sporno. V. S. Petrić, op. cit., 377.

⁴⁹ U nemačkoj doktrini ovako rigidan stav zastupa: Otto Palandt, Peter Bassenge, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2002, 322. U domaćoj doktrini ovaj stav zastupa: R. Lorenc, op. cit., 108.

⁵⁰ P. Simler, P. Delebecque, op. cit., 400; N. Catala-Franjou, op. cit., 41; L. Guillaouard, op. cit., 423.

⁵¹ U domaćem pravu rokovi za državinsku zaštitu su dvojaki: 1) subjektivni rok iznosi 30 dana od saznanja držaoca za smetanje državine i za učinioca; i 2) objektivni rok iznosi godinu dana od dana izvršenog smetanja poseda. V. čl. 77 ZOSPO.

⁵² Tako i: K. Oftinger, op. cit., 392; O. Palandt, op. cit., 1177. Cf. N. Catala-Franjou, op. cit., 29 i dalje; J. Derrida, op. cit., 710. U domaćem pravu: S. Paunović, op. cit., 69.

⁵³ Tako i: D. Hiber, M. Živković, op. cit., 170. U starijoj domaćoj doktrini ovaj stav je zastupao i M. Vuković.

⁵⁴ S. Petrić, op. cit., 375.

⁵⁵ P. Tuor, B. Schnyder, op. cit., 739.

(usled primene sile ili nekog drugog načina deposesije bez pristanka retinenta). U protivnom, u slučaju „konačne pravne nemogućnosti povraćaja izgubljenog poseda stvari“, retencija se gubi.⁵⁶

Osim ovih slučajeva pravno nedozvoljenog oduzimanja poseda retinirane stvari, u ovaj način prestanka retencije, u pojedinim regulativama, spada još i slučaj oduzimanja retinirane stvari od strane nadležnog organa u postupku prinudnog izvršenja. U pravima koja retinentu ne priznaju pravo namirenja, već samo zadržavanja, a to su NGZ, AGZ, IGZ i FGZ,⁵⁷ pokretanje postupka izvršenja na stvari nužno inicira zaplenu dužnikove stvari, bilo da je postupak pokrenuo sam poverilac-retinent bilo drugi poverioci.⁵⁸

Odricanje poverioca od retencije. – Inicijalno punovažno zasnovana i vršena retencija može prestati u skladu sa voljom poverioca retinenta. Kao što se zalogoprimac može odreći zaloge,⁵⁹ tako se i retinent može jednostranom izjavom volje *odreći*⁶⁰ svog prava. Pritom, s obzirom na to da se retencija po pravilu odnosi na pokretne stvari, analogno sa ručnom zalogom,⁶¹ možemo zaključiti da ovakvo odricanje ne mora biti formalno. Dobrovoljnim odricanjem retencije smatra se poveriočevo napuštanje poseda stvari, bez obzira na to ko je stekao faktičku vlast na njoj.⁶² Ipak, napuštanje poseda, kao faktička radnja – nije dovoljno; odricanje je izjava volje, koja se manifestuje napuštanjem poseda.

Tako, moguće su dve situacije: 1) poveriočevo (prosto) *napuštanje poseda* stvari (bez interesovanja za dalju sudbinu stvari); i 2) *dobrovoljni povraćaj* stvari dužniku. U oba slučaja, činjenica da retinent nema pravo sledovanja, onemogućava povraćaj dobrovoljno izgubljene državine stvari. U vezi sa napuštanjem poseda retinirane stvari, u delu doktrine⁶³ se ističe da pravo obezbeđenja prestaje već u trenutku davanja ovakve izjave volje, iako stvar nije još uvek vraćena dužniku vlasniku,

⁵⁶ K. Oftinger, op. cit., 392; P. Tuor, B. Schnyder, op. cit, 739.

⁵⁷ Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Cours de droit civil, Les sûretés*, Édition Cujas, Paris, 1986, 117; N. Catala-Franjou, op. cit., 36 i dalje.

⁵⁸ Nasuprot tome, u regulativama koje poznaju samo kvalifikovanu retenciju (kao domaća), zaplena stvari i gubitak poseda u postupku prinudnog namirenja ne uzrokuju gubitak retencije, već realizaciju prava prvenstvenog namirenja retinenta.

⁵⁹ Ovo pravilo „o zalozi i drugim sredstvima obezbeđenja“ neposredno je predviđeno u čl. 345 ZOO.

⁶⁰ R. Lorenc (1966), 110–111.

⁶¹ Tako i: Z. Rašović, op. cit., 449.

⁶² S. Petrić, op. cit., 373.

⁶³ Dragoljub Stojanović, Dimitar Pop-Georgiev, *Komentar zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd, 1983, 209. Cf. J. Derrida, op. cit., 710.

te da taj čin može da usledi i naknadno. Uzgred, prethodno postavljeno pitanje je zanimljivo za sve slučajeve prestanka retencije: da li ona prestaje *kada nastupi razlog ili kada prestane državina*? Sa druge strane, odricanje od sporednog prava (retencije), ni na koji način ne ugrožava opstanak potraživanja. Dakle, retencija ne može postojati duže od potraživanja, ali potraživanje može opstati bez nje. Ono nastavlja da postoji, obavezuje dužnika i dalje, jedino je oslabljeno činjenicom da više nije realno obezbeđeno.⁶⁴

Odricanje od svojine na retiniranoj stvari (derelikcija). – Svaki vlasnik stvari, pa i titular prava svojine na retiniranoj stvari ima pravo raspolaganja svojinom, koje se, između ostalog, u svakom trenutku može i odreći.⁶⁵ Ovakav slučaj prestanka retencije dešava se usled preduzimanja pravne radnje derelikcije, tj. napuštanja svojine na stvari⁶⁶ (uz trajno napuštanje njene državine) od strane dotadašnjeg vlasnika. Ipak, u literaturi se opravdano naglašava da kod derelikcije nepokretnih stvari postoji jedno značajno ograničenje: „vlasnik se može odreći svojine samo pod uslovom da na nepokretnosti nema tereta (hipoteke, plodouživanja, osim stvarnih službenosti)“.⁶⁷ Stoga se može postaviti pitanje: Da li se ovo ograničenje možda odnosi i na retenciju nepokretnosti (ili čak retenciju uopšte), koja takođe predstavlja osoben teret na dužnikovoj stvari (tj. na svojini na stvari)?

Posledica derelikcije je da retinent gubi svoj status realno obezbeđenog poverioca automatski – u trenutku davanja ovakve *izričite* izjave volje dužnika (dotadašnjeg vlasnika). Budući da je već u neposrednom posedu derelinkvirane stvari, on okupacijom (kao osobenim originarnim načinom sticanja svojine) može postati njen vlasnik. Ali time biva onemogućen da vrši retenciju budući da stvar više nije tuđa (i to dužnikova), već njegova (slučaj konsolidacije), a dominantni model retencije u uporednom pravu ne poznaje retenciju svoje stvari. Ako je aspiracija retinenta bila isključivo vršenje pritiska na dužnika da dug namiri, kako bi izdejstvovao povraćaj svoje stvari – dužnikovom derelikcijom je u tome onemogućen. S druge strane, ako je pretendovao na namirenje, takođe neće moći da ga realizuje.⁶⁸

⁶⁴ To znači da poverilac više ne može zahtevati specijalno namirenje (iz konkretno opterećene stvari, izdvojene iz imovinske mase svog dužnika), već samo iz imovine dužnika kao celine. Pritom, on više nije nosilac prava prvenstva, već je izjednačen sa ostalim hirografnim poveriocima, koji će ili sačekati dobrovoljno namirenje ili će to ostvariti prinudnim putem – utuženjem.

⁶⁵ Tako i: R. Lorenc (1966), op. cit., 111.

⁶⁶ V. čl. 32. i 47 ZOSPO.

⁶⁷ Tako i: O. Stanković, M. Orlić, op. cit., 131.

⁶⁸ Ipak, ovo je povezano sa mogućnošću dužnika da zloupotrebi pravo na derelikciju – isključivo sa ciljem da nanese štetu poveriocu (odriče se svojine na stvari, samo da bi poverioca onemogućio da realizuje svoje potraživanje).

Konsolidacija. – Konsolidacija⁶⁹ predstavlja slučaj kada retinirana stvar (po nekom osnovu) postane objekat svojine retinenta; dakle, kada se ličnost retinenta i protivnika retencije stope u jednom licu. Tada, u većini regulativa nestaje jedan značajan zakonski uslov za vršenje retencije, i to: da je objekat retencije *tuđa* (dužnikova) stvar. U regulativama (poput domaće) nije zamisliva retencija svoje stvari, te je konsolidacija (u švajcarskom pravu, a potom i svim regulativama kojima je ono bilo uzor) jedan od načina *samostalno*⁷⁰ prestanka retencije.

Davanje drugog odgovarajućeg sredstva obezbeđenja. – Osobeni način prestanka retencije je davanjem drugog, prikladnog sredstva obezbeđenja.⁷¹ *Ratio* ovog načina prestanka je davanje mogućnosti dužniku vlasniku da svoju stvar povрати. Ova zakonska mogućnost je ustupak njemu, kao licu protiv čije volje je retencija konstituisana. Istovremeno, ovo je mogućnost alternativnog zadovoljenja legitimnih interesa ugroženog poverioca, bez njegovog dovođenja u lošiju imovinsku poziciju. Ovaj način prestanka retencije je posledica njenog osobenog osnova nastanka (*ex lege* u užem smislu) i izraz potrebe zakonodavca da „poravna“ kolidirane interese stranaka, u slučaju da je njihova srazmera konstituisanjem retencije narušena.

Davanje drugog sredstva obezbeđenja treba da zaštiti ugroženo poveriočevo potraživanje, na način koji nije lošiji od zaštite retencijom. I još značajnije, ova opcija bar donekle uspostavlja *načelo autonomije volje* subjekata građanskog prava (prethodno narušenog zasnivanjem retencije mimo i protiv volje dužnika). Ipak, osobenost ovog načina prestanka retencije jeste da ga ne poznaju sve regulative iz našeg uzorka. Tako, u FGZ i IGZ, ova mogućnost nije eksplicitno predviđena, a ne priznaje se ni u tamošnjoj doktrini, što smatramo propustom.

Ovaj način gašenja retencije je osoben iz dva razloga: 1) nijedno drugo sredstvo realnog obezbeđenja ne može prestati na ovaj način; i 2) u doktrini je vrlo sporno šta tačno označava pravni standard: *drugo odgovarajuće obezbeđenje*. Naime, da li je adekvatno bilo koje drugo – lično ili realno? Dalje, da li je relevantna vrednost: a) prethodno retinirane stvari; ili b) vrednost obezbeđenog potraživanja ili v) obe? U svakom slučaju, ova zamena može biti *dobrovoljna* (kada se poverilac sa njom saglasi) ili pak *prinudna* – kada sud obaveže poverioca da na nju pristane. Tada, retinent ima obavezu da vrati retiniranu stvar, te time retencija prestaje,

⁶⁹ U domaćem pravu, konsolidacija je eksplicitno zakonom predviđena kao jedan od samostalnih načina prestanka hipoteke, ali doktrina jednoglasno smatra da ovaj način prestanka važi i za ručnu zalogu (dakle, generalno za založno pravo). V. O. Stanković, M. Orlić, op. cit., 383; Z. Rašović, op. cit., 442. Analogno, smatramo da i za retenciju, kao institut najsirođnji zalozni, važi ovo pravilo.

⁷⁰ Cf. S. Petrić, op. cit., 371.

⁷¹ V. čl. 288 ZOO.

a istovremeno se zasniva neko drugo pravo obezbeđenja potraživanja.⁷² Takođe se može postaviti pitanje: Da li je to samo realna subrogacija kod „stare“ retencije, kada druga stvar postaje objekat retencije; ili je reč o prestanku „stare“ retencije i zasnivanju: a) nove, ugovorne retencije ili b) zaloge – ako je predmet obezbeđenja opet stvar?

Pitanje šta se smatra „odgovarajućim“ obezbeđenjem podelilo je doktrinu, tako da deo doktrine smatra da je adekvatno samo neko drugo realno obezbeđenje, poput zaloge (čime se implicira da je retencija upravo jedna vrsta realnog obezbeđenja, te je ne možemo zamenjivati slabijim – ličnim). S druge strane, ima autora⁷³ koji zaključuju da, s obzirom na to da zakonom nije isključena nijedna vrsta obezbeđenja, zahtev da drugo sredstvo obezbeđenja bude odgovarajuće treba tumačiti ekstenzivno: dakle, treba prihvatiti čak i lično sredstvo obezbeđenja, pod uslovom da je u konkretnom slučaju odgovarajuće. Dilema ove vrste jedino ne postoji u NGZ i u AGZ u kojima je jemstvo (kao oblik ličnog obezbeđenja) eksplicitno zakonom isključeno.

Po našem mišljenju, termin „odgovarajuće obezbeđenje“ ne odnosi se na vrstu obezbeđenja i ne upućuje na isključenje bilo kog sredstva obezbeđenja kao *a priori* neadekvatnog. Reč je o pravnom standardu koji konkretnom sadržinom u datom slučaju ispunjava sud u situaciji kada dužnik i poverilac ne mogu da postignu sporazum, uzimajući u obzir različite parametre i okolnosti.⁷⁴ U drugom pak slučaju, situacija može biti obrnuta, pa će odgovarajuće obezbeđenje biti založno pravo, a ne jemstvo. Zato smatramo da autori koji navedenu formulaciju ZOO tumače u pravcu isključenja bilo kog sredstva obezbeđenja nemaju valjanu argumentaciju za takav stav i da nije moguće unapred i apstraktno reći šta je odgovarajuće obezbeđenje, već to zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.⁷⁵

Drugi problem je pitanje vrednosti tog drugog sredstva obezbeđenja. Tako se u delu doktrine smatra da je relevantna vrednost prethodno retinirane stvari,

⁷² Tako i: D. Hiber, M. Živković, op. cit., 171.

⁷³ J. Gucunja, op. cit., 29.

⁷⁴ Važni parametri u tom smislu su: odnos vrednosti potraživanja i predloženog obezbeđenja; pouzdanost konkretnog sredstva obezbeđenja u konkretnom slučaju; šanse za prinudno namirenje poverioca i slična svojstva. Tako se može dogoditi da u jednom slučaju jemstvo bude adekvatnije sredstvo obezbeđenja (npr. jemač ima siguran posao, visoku platu, pouzdana je i odgovorna ličnost), nego ručna zaloga na stvari (koja jedva ima dovoljnu vrednost, teško se može prodati i problematična je za čuvanje).

⁷⁵ Konačno, i činjenica da banke zapošljavaju posebna lica čiji je jedini zadatak procena koje bi sredstvo obezbeđenja bilo najprihvatljivije za konkretnog klijenta – dokaz je da ne postoji nijedno sredstvo obezbeđenja koje bismo unapred mogli da označimo kao „odgovarajuće“, već je to stvar ispitivanja okolnosti konkretnog slučaja.

a ne obezbeđenog potraživanja. Po našem mišljenju, ključna ideja poverioca je bila – obezbediti potraživanje; pa je zadržao stvar koju baš nije mogao birati, već do koje je slučajno došao. Ta stvar može imati i veću i manju vrednost od potraživanja, zato smatramo da je vrednost potraživanja glavni parametar za vrednost ovog novog sredstva obezbeđenja.⁷⁶

Nedozvoljena upotreba retinirane stvari. – Konačno, u delu doktrine⁷⁷ se kao potencijalni način neakcesornog prestanka retencije pominje i nedozvoljena upotreba retinirane stvari od strane retinenta, tzv. *furtum usus*. S obzirom na to da sadržina prava retencije ni u jednoj regulativi i ni u jednom modalitetu retencije (čak ni izuzetno) ne obuhvata pravo upotrebe zadržavane stvari,⁷⁸ deo doktrine zaključuje da je ovo jedan primer *zloupotrebe prava retencije*, koji treba sankcionisati oduzimanjem ovog prava od titulara. Prilikom ocene prethodno navedenog stava treba imati u vidu da ni zalogoprimac ne gubi ručnu zalogu upotrebom stvari protivno ugovoru, mada je i to striktno gledano zloupotreba prava, već to samo rađa mogućnost za zalagodavca da zatraži da je drži treće lice. Za retenciju to nije moguće (ili bar ne u državama u kojima je za retenciju neophodna neposredna državina stvari), ali ne smatramo da bi ovo trebalo da bude razlog za njen prestanak.

Retinent, kao ni založni poverilac⁷⁹ nije ovlašćen da objekat svog prava iskorišćava na bilo koji način, s tom razlikom što zalogoprimac može ugovoriti sa zalagodavcem suprotno (tzv. antihreza). Retencija, nastala na osnovu zakona, međutim, ne daje takvu mogućnost. Sve dok traje retencija, kao i založno pravo, titular prava obezbeđenja je dužan da se pasivno ponaša prema retiniranoj stvari (što ne znači da je retencija negativno pravo, već samo da nije jedno od prava korišćenja tuđe stvari). Ipak, pitanje je da li neovlašćenom upotrebom – on može od strane suda biti potpuno lišen ovog prava realnog obezbeđenja ili je posledica samo: obaveza da nadoknadi štetu protivniku retencije (shodno pooštrenoju odgovornosti), na osnovu analogije sa zalogom, uz obavezno uračunavanje u namirenje koristi koje je imao od upotrebe stvari. Ipak, činjenica je da se retinentu tako toleriše povreda prava protivnika retencije, koja bi mogla biti sanirana dodeljivanjem stvari u posed drugom licu (tzv. sekvestracija), a koja nije moguća zbog zahteva (čl. 286 ZOO)

⁷⁶ O tome više kod: J. Gucunja, op. cit., 29. Ako bismo pak pod odgovarajućim obezbeđenjem podrazumevali staru retenciju sa realnom subrogacijom objekta, onda bi možda bila ključna vrednost ranije retinirane stvari (a ne potraživanja). Stoga smatramo da je za ovo pitanje ključna ocena: da li je u pitanju ista retencija sa „zamenjenim“ objektom obezbeđenja (ako je stvar u pitanju), nova retencija; ili je reč o nekom drugom pravu obezbeđenja.

⁷⁷ Ovaj način samostalnog prestanka retencije navodi: R. Lorenc, op. cit., 112.

⁷⁸ Tako i: O. Stanković, M. Orlić, op. cit., 252.

⁷⁹ V. čl. 976 ZOO.

za držanjem stvari u rukama retinenta. Stoga nam se čini da je moguće rešenje *de lege ferenda* – dozvoliti i posrednu državinu kao uslov retencije (uz neposrednu).

ZAKLJUČAK

U radu su analizirani i vrednovani različiti načini prestanka prava zadržavanja, kao osobene zakonske realne garancije u domaćoj i pojedinim evropskim regulativama sa najdužom pravnom tradicijom građanskih zakonika. Svi ovi načini (kako zakonom regulisani, tako i oni predlagani u doktrini) svrstani su u dve velike grupe, a to su posredni (akcesorni) i neposredni (samostalni) načini prestanka retencije. Redovni način posrednog prestanka prava zadržavanja u svim analiziranim regulativama je (potpunim) ispunjenjem duga, a ostali načini akcesornog prestanka su svi klasični načini gašenja prava obezbeđenja, predviđeni opštim pravilima obligacionog prava za prestanak potraživanja.⁸⁰ U radu je utvrđeno da u okviru ove grupe, postoje dva doktrinarno sporna načina prestanka, i to: 1) prenosom potraživanja – što ne smatramo načinom prestanka retencije (zbog njenog svojstva akcesornosti); i 2) prodajom retinirane stvari – što smatramo posrednim načinom prestanka, a ne samostalnim (posledica akcesornosti retencije u prestanku), a što je prethodno u radu i argumentovano.

S druge strane, neposredni, tj. samostalni načini prestanka prava zadržavanja su dvojadi: 1) apsolutni, gde spada potpuna fizička propast retinirane stvari; i 2) relativni, gde spadaju: – trajni, a neželjeni gubitak poseda retinirane stvari; – odricanje retinenta od prava zadržavanja; – dereliksija svojine na zadržavanoj stvari; – konsolidacija; – davanje drugog, prikladnog sredstva obezbeđenja (što je autentičan način prestanka realne garancije). Za razliku od dela doktrine – upotrebu retinirane stvari od strane retinenta ne smatramo razlogom za prestanak ove realne garancije, već osnovom za potraživanje nadoknade štete prčinjene vlasniku retinirane stvari.

Po prestanku retencije, bilo zbog prestanka potraživanja, bilo zbog prestanka postojanja objekta retencije, nastupaju značajne pravne posledice, a to su: gubitak prava poverioca na dalje zadržavanje dužnikove stvari i posledično, obaveza povraćaja stvari njenom vlasniku. Uz to, dotadašnji retinent je dužan da vrati vlasniku stvari eventualni višak vrednosti dobijen prodajom retinirane stvari ili druge ostvarene prihode od njegove stvari, po prestanku odnosa realnog obezbeđenja. Zanimljivo je i pitanje u kom trenutku zapravo prestaje retencija: Da li kada nastupi neki od navedenih razloga za njen prestanak ili kada prestane državina retinenta?

⁸⁰ U Odeljku 3 ZOO su regulisani „ostali načini prestanka obaveze“.

S obzirom na to da je i gubitak državine zaseban razlog prestanka retencije, stiće se utisak da u svim ostalim slučajevima retencija ne prestaje gubitkom državine, već nastupanjem nekog od razloga za prestanak. To dalje znači da retinentova državina nadalje postoji – ali bez prava na državinu. Dakle, retencija kao pravo na državinu prestaje, a ostaje samo državina bez prava na državinu u vidu retencije, koju poverilac mora da vrati ili će mu je dužnik iznuditi u parnici. Razlog je taj što poverilac više nema pravo na prigovor retencije, jer je „otpao“ neki od zakonom kumulativno predviđenih uslova za njeno postojanje.

Konačno, domaće zakonsko rešenje ove problematike možemo oceniti kao adekvatno i pretežno usklađeno sa inostranim evropskim regulativama. Ipak, utisak je da bi budućim propisom bilo korisno regulisati status u radu razmatranih doktrinarno spornih načina prestanka, radi pravne sigurnosti, kao i regulisati neke nenormirane, a svakako moguće načine prestanka ovog instituta, a to su: prestanak prava zadržavanja na osnovu sporazuma poverioca i dužnika, kao i sticanjem svojine od nevlasnika.

Dr. ALEKSANDRA PAVIĆEVIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

TERMINATION OF RIGHT OF RETAINING POSSESSION

Summary

The subject of the paper is the analysis of all the ways to terminate the right of retention as an authentic institution that *ex lege* strengthens the legal position of the creditor, and limits the property of the debtor in the civil law relationship, first in domestic positive law (in the Law on Obligations), and then in certain European solutions. Using the normative, comparative and axiological method, the paper classifies all ways of ending retention into two groups: indirect and direct. In the paper, the author argues his position on doctrinally contested ways of ending *ius retentionis* and explains: – why he believes that the right of retaining possession persists in the event of the transfer of the claim secured by it; – why in the situation of the sale of the retained item in order to settle the claim from its value, it is an indirect, and not an independent way of ending the retention; as well as – why the right of retaining possession does not end due to the use of the retained item by the retainer. The author assesses the current domestic regulation as mostly adequate and harmonized with foreign solutions, and advocates for the specification of certain disputed ways of termination of retention *de lege ferenda*, for the purpose of legal certainty, as well as for standardizing the termination of retention by agreement and acquiring ownership of the retained item from non-owners.

Key words: real right, the security right *in rem*, *ius retentionis*, indirect and direct ways of termination of right of retaining possession

Literatura

- Baumbach A., Duden K., *Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare*, Band 9, München und Berlin, 1959.
- Catala-Franjou N., „De la nature juridique du droit de retention“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967.
- Coppel A., *Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers*, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896.
- Derrida J., *Encyclopedie Dalloz de droit civil*, 1954.
- Guiolluard L., *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896.
- Gucunja J., „Pravna dejstva prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 11, 1979.
- Hiber D., Živković M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015.
- Kovačević-Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Punta, Niš, 2009.
- Lazić M., *Pravo realnog obezbeđenja*, Niš, 2009.
- Lorenc R., *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom drugi, Službeni list, Beograd, 1978.
- Lorenc R., *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966.
- Malaurie P., Aynes L., *Cours de droit civil, Les sûretés*, Édition Cujas, Paris, 1986.
- Marty G., Raynaud P., *Droit civil, Tome III, Les sûretés la publicité foncière*, Sirey, Paris, 1971.
- Oftinger K., *Das Fahrnispfand, Commentaire zurichois*, 3rd. Edition, Zürich, 1981.
- Pavićević A., *Pravo retencije*, neobjavljena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016.
- Palandt O., Bassenge P., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2002.
- Paunović S., „Pravo zadržavanja – retencije (*Ius retentionis*)“, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008.
- Petrić S., *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta, Split, 2004.
- Planojević N., *Stvarno pravo u praksi*, Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2012.
- Rašović Z., *Založno pravo na pokretnim stvarima*, doktorska disertacija, Beograd, 1991.
- Simler P., Delebecque P., *Droit civil, Les sûretés*, Dalloz, Paris, 1989.
- Stanković O., Orlić M., *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1996.
- Stipković Z., „Pravo retencije i neki slični institute“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII, br. 3, 1972.
- Stojanović D., Antić O., *Uvod u građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2004.

Stojanović D., Pop-Georgiev D., *Komentar zakona o osnovnim svojinskopравnim odnosima*, Beograd, 1983.

Tuor P., Schnyder B., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979.

Vedriš M., Klarić P., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

Vuković M., „Pravo trgovačke retencije“, *Spomenica Mauroviću*, I, Globus, Beograd, 1934.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DEJAN MICKOVIK

ANGEL RISTOV

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNIH PARTNERA U SAVREMENIM ZAKONODAVSTVIMA

Vanbračna zajednica u savremenim društvima postaje sve više prihvaćena forma zajednice života, koja ne predstavlja samo korak pre zaključenja braka već alternativu braku i njegovu konkurenciju. Savremene tendencije u razvoju porodice i porodičnih odnosa, a posebno povećanje broja vanbračnih zajednica, imaju velike implikacije na naslednopravne sisteme u Evropi. U tom smislu, sve je veći broj država koje poslednjih decenija pravno regulišu odnose vanbračnih zajednica. U nekim zemljama vanbračna zajednica je predviđena i kao jedan od osnova za određivanje kruga zakonskih naslednika. U odnosu na reforme u drugim pravnim oblastima, makedonsko porodično pravo nije značajnije reformisano decenijama. Važeće pravo ne predviđa bračne smetnje kao uslov punovažnosti vanbračne zajednice što je redak izuzetak u uporednom pravu i u suprotnosti je sa moralom i načelom monogamije. U radu, autori se osvrću na status vanbračne zajednice u naslednom pravu, analizirajući ovu ustanovu u uporednom i makedonskom pravu i predlažu zakonska rešenja u budućem Građanskom zakoniku Makedonije.

Ključne reči: vanbračna zajednica, vanbračni partneri, nasledno pravo, zakonsko nasljeđivanje, Građanski zakonik

U V O D

U savremenim društvima bračna zajednica više ne pretstavlja jedinu formu osnivanja porodice. Pluralizmu porodičnih modela u Evropskim zemljama doprinose savremene tendencije: povećava se broj razvedenih brakova, smanjuje se broj

Prof. dr Dejan Mickovik, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij” u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi”, Severna Makedonija, e-mail: dejanmickovik@yahoo.com.

Prof. dr Angel Ristov, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij” u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi”, Severna Makedonija, e-mail: angelristov@yahoo.com.

sklopljenih brakova, dramatično se povećava broj vanbračnih zajednica, povećava se procenat vanbračne dece, kao i broj rekonponovanih porodica i monoroditeljskih porodica.¹ Pored ovih transformacija, sve evropske države suočavaju se sa dramatičnim padom prirodnog priraštaja, a samim tim i sniženjem procenta radnosposobnog stanovništva.

Sve ove transformacije nisu dovele do stvaranja jednog novog, dominantnog porodičnog modela, nego do pojave pluralizma porodičnih modela. U tom smeru, sve veći je broj država u Evropi i u svetu,² koje u svojim pravnim sistemima omogućuju partnerima izbor da li će zaključiti brak ili će izabrati neku drugu formu pravno regulisane zajednice.³

Pod uticajem suvremenih tendencija za jednakost i nediskriminaciju prema građanima sa različitom seksualnom orijentacijom, u zadnjoj deceniji prošlog i početkom ovoga stoleća, polako se povećava i broj država koje pravno regulišu zajednice lica istog pola u formi registrovanog partnerstva. Manji broj država ide i korak dalje u smeru proširivanja prava ovih parova, dozvoljavajući parovima istog pola zaključivanje braka, pa čak i sticanje određenih porodičnih prava (usvojenje, roditeljsku brigu i nadzor, biomedicinsko potpomognuto oplodivanje). Ovim rešenjima u evropskim zakonodavstvima, zajednice lica istog pola izjednačene su sa heteroseksualnim bračnim zajednicama.

Kao rezultat navedenih aktuelnih tendencija u porodičnom pravu, u evropskim naslednopravnim sistemima, pored srodstva i bračne veze, kao osnovna činjenica za opredeljivanje kruga zakonskih naslednika javlja se i vanbračna zajednica.⁴ Ona predstavlja zajednicu života trajnog karaktera između dvoje lica različitog pola koji nisu zaključili punovažan brak. U odnosu na brak, vanbračna zajednica predstavlja neformalnu zajednicu koja nastaje slobodnom voljom muža i žene, ali i neformalno prestaje sa dvostranom ili jednostranom odlukom partnera.

U prošlosti, bilo je nesporno da se pod pojmom vanbračna zajednica podrazumeva trajna zajednica muža i žene, odnosno zajednica lica različitog pola. U tome je bio saglasan veći deo akademske javnosti. Tako španski profesor Larkruz vanbračnu zajednicu definiše kao „heteroseksualnu vezu koja se karakteriše

¹ Opširnije o ovome v. Ljiljana S. Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, *Naslednoto pravo vo Republika Makedonija*, Blesok, Skopje, 2010, 16–22.

² Više, François Boulanger, *Droit Civil de la Famille, Aspects comparatives et internationaux*, 3 édition, tom I, Economica, Paris, 2000, 355–356.

³ V. Jacqueline Rubellin-Devichi, *Des concubinages dans le monde*, Centre de droit de la famille, Editions du centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1990, 56–60.

⁴ Više, Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, op. cit., 66–82.

određenom stabilnošću i trajnošću“, dok profesor Alonzo smatra da je vanbračna zajednica „trajna ekskluzivna i stabilna zajednica između dva lica različitog pola, koja imaju potpunu poslovnu sposobnost i koja nisu zaključila brak, ali žive u zajednici kao bračni drugovi i spontano i dobrovoljno izvršavaju obaveze i dužnosti na osnovi uzajamne odgovornosti.“⁵ Ovo shvatanje je i danas zastupljeno u državama koje pravno ne uređuju zajednice istog pola. Međutim, polako ali sigurno, u državama koje regulišu životne zajednice lica istog ili različitog pola, pojam vanbračna zajednica počinje da se shvata u širem smislu. Tako, da bi vanbračna zajednica postojala, više se ne traži uslov koji je postojao ranije – različitost polova. Tako francuski Građanski zakonik (*Code civil*), u odredbama novog člana 515-8 predviđa: „Konkubinac je faktička zajednica koja se karakteriše zajedničkim životom i koja ima karakter stabilnosti i kontinuiteta, između dvoje lica, različitog ili istog pola, koja žive zajedno.“ Ova koncepcija je prihvaćena i u Holandiji kao i u Belgiji. U španskom pravu određena regionalna prava istim zakonom uređuju vanbračne zajednice različitog i istog pola, koja se smatraju zajednicama *sui generis*, i koja su van porodičnog prava.⁶ Tako Katalonija 1998. godine donosi Zakon o parovima stabilnih zajednica (Z. 10/1998), dok je Aragon 1999. godine doneo Zakon o stabilnim vanbračnim parovima (Z. 6/1999). U uporednom pravu postoje i primeri kada zakonodavac još ne uređuje vanbračnu zajednicu, i pored toga što je broj vanbračne dece veći nego broj dece koja su rođena u braku. Takav je slučaj u bugarskom pravu, gde vanbračna zajednica još nije pravno priznata i uređena zakonom.⁷

POJAVA I ISTORIJSKI RAZVOJ VANBRAČNE ZAJEDNICE

Vanbračna zajednica, kao društvena pojava, prati brak i porodično pravo u svim epohama ljudske istorije.⁸ Veze između muža i žene koje su bile slične braku

⁵ Jacqueline Rubellin-Devichi, *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridique*, Éditions du Centre National de la recherche scientifique, Paris, 1989, 103.

⁶ V. Marc Mignot, „La partenariat enregistré en Droit International privé“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 3, 2001, 602–603.

⁷ V. Hristo Tasev, *Blgarsko nasledstveno pravo*, Nova redakcija Siela, Sofija, 2006, 54; Ekaterina Mateeva, *Semeino pravo na Republika Blgaria*, Černorizec Hrabar, Sofija, 2010; Canka Cankova, Metodi Markov, Anna Staneva, Velina Todorova, *Komentar na novia Semeen Kodeks*, Trud i pravo, Sofija, 2009; Metodi Markov, *Semeino i nasledstveno pravo*, Sibi, Sofija, 2009.

⁸ Vanbračne zajednice postojale su u svim tradicionalnim društvima. One su bile tolerisane, a ponekad čak i podržane od strane svetovnih i crkovnih vlasti. U velikom broju slučajeva vanbračna zajednica je bila dozvoljena u slučaju steriliteta žene. U ovim društvima, imperativ da se dobije muški

postojale su još u vreme rimskog prava,⁹ u kojem je brak bila jedina zakonska zajednica života između muža i žene.¹⁰ Međutim, pored ovoga rimsko pravo je poznavalo i tolerisalo konkubinatu, koji je predstavljao životnu zajednicu muža i žene koji nisu mogli (robove, plebejci i stranci) ili nisu hteli da zaključe validan brak.¹¹ Zbog toga, deca rođena u konkubinatu nisu ulazila u porodicu muža, odnosno biološka veza između njih nije dovođila do stvaranje pravne veze. Određene promene nastaju u postklasičnom periodu, kada je bila predviđena mogućnost ozakonjivanja dece rođene u konkubinatu. Njima su bila priznata prava na izdržavanje i ograničena nasledna prava u odnosu na oca.¹²

U srednjem veku i u buržoaskom periodu, pod uticajem religije, vanbračna zajednica je ignorisana u društvu, ali i u zakonodavstvima toga vremena. Tada se smatralo da je brak osnova celokupnog društvenog poretka, i upravo radi toga u prvim građanskim zakonicima ne postoje odredbe koje uređuju vanbračnu zajednicu. U ovom periodu poznata je sentenca velikog kodifikatora Napoleona Bonaparte, tvorca poznatog *Code civil*-a, prema kojoj „vanbračni partneri ignorišu zakon, zato zakon njih ne poznaje“ (*Les concubins ignorant la loi, le lois les ignore*).¹³ Ovakav tretman apsolutnog ignorisanja vanbračne zajednice u evropskim državama traje sve do 60-ih godina 20. veka. U današnjici, u određenim društvima broj vanbračnih zajednica je veći od broja bračnih zajednica, radi čega je prisutna potreba njenog pravnog regulisanja.

naslednik kome će pripasti imovina i ime oca, bile su razlog tolerantnog odnosa prema vanbračnim zajednicama. Vanbračne zajednice bile su predviđene za čitave kategorije ljudi koji nisu imale pravo da sklope brak.

⁹ Opširnije v. Ivo Puhan, Mirjana P. Aćimovska, *Rimsko pravo*, Praven fakultet Skopje, 2001, 120.

¹⁰ *Lex Iulia de adulteris* je zabranjivao: 1) *Stuprum* – seksualne odnose između slobodnog muškarca i neudate poštene žene; 2) *Adulterium* – seksualne odnose između lica od kojih se bar jedno nalazilo u braku i 3) *Incestum* – seksualne odnose između srodnika kojima je bilo zabranjeno stupanje u brak. *Ibidem*. Lefebvre Teillard ističe da je osnova razlika braka i vanbračne zajednice tretman žene. Ženi se u braku ukazuje *honor matrimonii*, i samo ona ima pravo biti *mater familias* i imati ovlašćenja da upravlja domaćinstvom. Zatim njen suprug je bio dužan da je tretira sa respektom i da joj ukazuje pažnju; Lefebvre Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, 106.

¹¹ I. Puhan, M. P. Aćimovska, op. cit., 120.

¹² O konkubinatu u rimskom pravi v. više kod: Fritz Sturm, „Conubium, ius migrandi, conventio in manum“, *Le Droit de la Famille en Europe son Evolution depuis l'antique jusqu'à nos jours*, Presses Universitaire de Strasbourg, Strasbourg, 1992, 718–728.

¹³ Marie-Therèsè Meulders Klein, „Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire“, *La Personne, La Famille et le Droit*, Paris, 1968–1998, 23.

Značaj vanbračne zajednice u savremenim društvima je veliki, s obzirom na činjenicu da ona predstavlja osnovu stvaranja vanbračne porodice. Ranije, u svim evropskim zakonodavstvima, vanbračna zajednica je dugo bila ignorisana, a posledice toga najviše su osećala vanbračna deca, koja su bila diskriminisana u odnosu na decu rođenu u braku. Priznanje i pravno regulisanje vanbračne zajednice Porodičnim zakonom Švedske iz 1970. godine, dovelo je i do prihvatanja naslednog prava i regulisanja naslednopravnog položaja vanbračnog druga. Ovim, „zakonodavnim zemljotresom“ u Evropi, pa i šire, naslednopravni položaj vanbračnog druga u potpunosti je bio izjednačen sa naslednopravnim položajem bračnog druga.

Danas je vanbračna zajednica prisutna u svim savremenim društvima, ali njen status i odnosi između vanbračnih partnera veoma su različito regulisani. Razlog za to nije socijalni, ekonomski ili porodični imperativ, već individualizam, ili kao što neki autori navode „radikalni individualizam“, koji dovodi do toga da je ostvarivanje ličnog zadovoljstva i ličnih želja i potreba pojedinca apsolutni prioritet u savremenim društvima. Kao rezultat toga, slobodni izbor i slobodno menjanje partnera, kao i zajednički život u zajednici koja nije regulisana od strane države, postali su simbol intimnih odnosa u savremenom društvu. Što se tiče statusa vanbračne dece, u većem delu pravnih sistema izjednačen je sa statusom dece rođene u braku, dok je mali broj država koja predviđaju određene razlike u njihovom pravnom statusu.

U pogledu prava vanbračnih partnera u određenim pravnim sistemima ona su uređena zakonom, dok u drugim pravnim sistemima ona se uređuje ugovorom (Britanija, Belgija, Italija, Nizozemska, Austrija). Osim u nacionalnim zakonodavstvima, vanbračna zajednica uživa pravnu zaštitu i u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima. U presudama Evropskog suda o ljudskim pravima povezanim sa odredbom člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, koja se odnosi na poštovanje privatnog i porodičnog života, naglašava se da se pravna zaštita odnosi i na faktičko postojanje porodičnog života, odnosno na vanbračne zajednice muža i žene.¹⁴

PRAVNO UREĐENJE VANBRAČNE ZAJEDNICE U UPOREDNOM PRAVU

Vanbračna zajednica je bila izjednačena sa brakom u ruskom Zakonu o braku, porodici i starateljstvu iz 1927. godine, kojim je bio dozvoljen neformalni brak.¹⁵ Zbog veoma nepovoljnih posledica faktički brak je bio ukinut 1944.

¹⁴ Više o ovome v. kod Mira Alinčić, „Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5, Zagreb, 2005, 1177.

¹⁵ G. Kovaček Stanić, *Upporedno porodično pravo*, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad, 119.

godine.¹⁶ U Evropskim zemljama, vanbračna zajednica nije bila predmet pravnog regulisanja sve do 60-ih godina prošlog veka. U uporednom pravu prisutna su dva vida vanbračnih zajednice muža i žene – registrovane i neregistrovane. Posle Švedske, SAP Kosovo, zakonom o nasleđivanju iz 1974. godine prihvatilo je vanbračnu zajednicu kao osnov zakonskog nasleđivanja. Pritom, da bi se preživeli vanbračni drug pojavio kao naslednik, bilo je potrebno da su ispunjena četiri uslova: 1) vanbračna zajednica muža i žene trebalo je da ima sve vidljive osobine bračne zajednice; 2) vanbračna zajednica trebalo je da postoji u momentu smrti jednog od lica koja su živeli u njoj; 3) da je trajala najmanje 15 godina, a ako je bilo dece onda najmanje pet godina i 4) u momentu smrti ostavioca, da se niti on, niti drugo lice nisu nalazili u braku s trećim licem, odnosno ostavilac koji se nalazio u braku sa trećim licem da je podneo tužbu za razvod braka ili poništenje braka, a da se posle njegove smrti utvrdi se da je njegova tužba bila osnovana.¹⁷ Ovim rešenjima u SAP Kosovo vanbračna porodica dobila je isti status kao i bračna porodica.

Ovo rešenje predviđeno u SAP Kosovo, bilo je prihvaćeno i u Zakonu o nasleđivanju SR Slovenije iz 1976. godine. Ovim zakonom, (član 10 stav 2), vanbračna zajednica je predviđena kao osnov zakonskog nasleđivanja. Da bi se mogli međusobno nasleđivati muž i žena koji žive u vanbračnoj zajednici, bilo je potrebno da je njihova zajednica trajala dugo vremena i da ne postoje razlozi zbog kojih bi njihova bračna veza mogla biti poništena.¹⁸ To znači da se lica koja žive i vanbračnoj zajednici mogu uzajamno nasleđivati, na osnovu njenog postojanja i vremena trajanja. Pritom, zakonodavac ne koristi termin „vanbračna“, već „životna zajednica“ muža i žene u kojoj su oni živeli dugo vremena. Ova lica uživaju isti položaj kao i bračni partneri u prvom i drugom naslednom redu. U tom su smeru i odredbe porodičnog prava (*Zakon o zvezi in družinskih razmerjih*, 1998) prema kojima vanbračne zajednice muža i žene imaju „... jednake pravne posledice kao da je zaključen brak, ako nije bilo razloga zbog kojih brak između njih ne bi bio punovažan.“

Slobodna zajednica ili konkubinat pretstavlja vanbračnu zajednicu koja se karakteriše određenom trajnošću i stabilnošću.¹⁹ U Francuskoj, prema odredbama *Code civil-a*, konkubinat (*concubinage*) predstavlja faktičku zajednicu koja se karakteriše zajedničkim životom i koja ima stabilan karakter i kontinuitet, između

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Opširnije v. kod: Borislav T. Blagojević, *Nasledno pravo u Jugoslaviji, Prava republika i pokrajina*, Savremena administracija, Beograd, 1983, 93; Slavko Marković, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1978, 118–119; Nikola Gavella, *Nasledno pravo*, Informator, Zagreb, 1986, 121–122.

¹⁸ Marjaž Tratnik, *Civilno pravo – Zbirka predpisov*, Codex Iuris, Maribor, 2003, 333.

¹⁹ Više v. Corinne Renault-Brahinski, *Droit de la famille*, Gualano éditeur, Paris, 2005, 247.

dva lica različitog ili istog pola koja žive zajedno u paru (чл. 515-8 C. civ.). U francuskom pravu duže vremena, bez definisanja, bili su opredeljeni samo konstitutivni elementi konkubinata. Ovo opredeljene se menja donošenjem Zakona o Paktu građanske solidarnosti (*Pacte civil de solidarité – PACS*) kojim se priznaje i konkubinac između lica istog pola.²⁰ U teoriji se ističe da konkubinac pretpostavlja: 1) postojanje seksualnih odnosa; 2) zajednicu života; 3) stabilnost i trajnost u odnosima i 4) odsustvo različitih polova. Pritom, francusko pravo poznaje i konkubinac bez zajedničkog života. Prema tome, kao što može postojati brak bez zajedničkog života, može postojati i konkubinac bez kohabitacije.

Kako bi mogli koristiti socijalna i porodična prava izdržavanja vanbračni drugovi moraju dokazati svoj status. To se postiže izdavanjem sertifikata o vanbračnoj zajednici (*certificate de concubinage*) od strane gradonačelnika. Što se tiče naslednih prava, u Francuskoj vanbračni drugovi (heteroseksualni/istopolni) nemaju pravo međusobnog zakonskog nasleđivanja.²¹ Međutim, smrt jednog od partnera u određenim slučajima proizvodi određene imovinskopravne posledice. U tom smeru, sudska praksa je ustanovila mogućnost da u slučaju smrti jednog partnera zbog nesreće, drugi partner može tražiti naknadu materijalne ili moralne štete. Sud iz Belforta je 1995. godine priznao ovo pravo i partnerima istog pola.

Hrvatsko nasledno pravo, donošenjem Zakona o nasleđivanju 2003. godine priznaje vanbračnu zajednicu kao osnov zakonskog nasleđivanja.²² Ovim rešenjem hrvatsko nasledno pravo status vanbračnog partnera izjednačuje u potpunosti sa statusom bračnog druga u odnosima *inter vivos* i *mortis causa*. Saglasno Zakonu o nasleđivanju, vanbračna zajednica je zajednica života neudate žene i neoženjenog muža koja je trajala duže vreme, a prestaje smrću ostavioca, pod uslovom da su ispunjene pretpostavke za punovažnost braka (čl. 8 st. 2). Ovo znači da vanbračni drug nema pravo nasleđivanja ukoliko postoje bračne smetnje ili ukoliko zajednica nije postojala u momentu smrti ostavioca.

Zakon o nasleđivanju ne opredeljuje vreme trajanja vanbračne zajednice. Ipak, sudska praksa upotrebljava analogno odredbu Porodičnog zakonika (čl. 3) u kojoj je predviđeno: „Odredbe ovog zakonika o posledicama vanbračne zajednice primenjuju se životnoj zajednici neudate žene i neoženjenog muža koji

²⁰ O građanskom paktu solidarnosti opširnije v. Laëtitia Stasi, *Droit civil, Personnes, Incapacités, Famille*, 10 édition, Paradigme publications universitaires, Orléans, 2004–2005, 113–117.

²¹ Više v. François Dekeuwer-Défossez, *PACS et famille, RTD civil*, No. 3, 2001, 539–540.

²² Opširnije, Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, X izdanje, Narodne Novine, Zagreb, 2006, 721–723.

ne žive u drugoj vanbračnoj zajednici, koja je trajala najmanje tri godine ili kraće, ako je u njoj rođeno zajedničko dete.“

Novi Zakon o nasljeđivanju Crne Gore, isto tako, predviđa vanbračnu zajednicu kao osnov zakonskog nasljeđivanja. Status vanbračnog partnera ovim zakonom je izjednačen sa statusom bračnog druga, ukoliko je životna zajednica žene i muža trajala dugo vremena i ukoliko nisu postojale smetnje za zaključivanje punovažnog braka. (čl. 9 st. 2 i 3). Zakonodavac je u pogledu uslova priznanja vanbračne zajednice preuzeo rešenja hrvatskog naslednog prava. Sa druge strane, u odnosu na predviđena zakonska rešenja, nauka ističe da „za crnogorsku društvenu scenu više je imanentna pojava paralelnog postojanja braka i konkubinata (kratkotrajna zajednica života muže i žene, kao večne pratilje braka) kao i probni brak, a vanbračne zajednice u smislu ovog zakon takoreći i da nema, što bi pokazala jedna produbljena sociološka analiza.“²³ Dalje, profesor Kadić navodi da „zakonodavac treba da utvrdi kvalifikacione uslove i rokove, kao na primer određenje donje minimalne granice vreme trajanja zajednice, na primer 3, 5 ili 10 godina, u kombinaciju sa činjenicom da li postoje ili ne postoje deca u toj zajednici.“²⁴

U srpskom pravu, i pored toga što je novim Ustavom vanbračna zajednica ustanovljena kao ustavna kategorija koja je izjednačena sa brakom, a Porodičnom zakonom vanbračni partneri su u potpunosti izjednačeni sa bračnim drugovima, u „naslednopravnoj sferi ona još predstavlja činjenicu koja nema nikakav uticaj na zakonsko nasljeđivanje.“²⁵ U vezi sa ovim pitanjem prof. Stojanović ističe: „... vanbračna zajednica je postala veoma čest i popularan vid zajedničkog života dvoje lica različitog pola [...] ipak zakonodavac je prenebregao činjenicu da lice koje je godinama pa i decenijama živelo u vanbračnoj zajednici preminulog partnera, koje je bilo u dubokim emotivnim odnosima sa njim i njegov istinski životni pratilac, treba biti i njegov zakonski naslednik.“²⁶ U tom smislu, imajući u vidu „postojeće tendencije u naslednopravnoj regulativi savremenih evropskih zakonodavstava, ogleđom da je kod nas u porodičnoj sferi vanbračna zajednica izjednačena sa brakom, nameće se potreba da dođe do izjednačenja i u domenu naslednopravnih odnosa.“²⁷ Na osnovu toga, vanbračni drug mogao bi se javiti kao naslednik u okviru prvog i drugog naslednog reda, pri čemu bi isključivao naslednike drugih

²³ Ljiljana Kadić, „Osvrt Predlog Zakona od nasljeđivanju Crne Gore“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, Podgorica, 2008, 574.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Nataša Stojanović, Novak Krstić, op. cit., 218.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

naslednih redova. Na vanbračnog partnera primenjivale bi se i odredbe za povećanje naslednog dela bračnog druga, a bilo bi mu priznato i pravo izdvajanja predmeta pokućnine male vrednosti,²⁸ kao i pravo nužnog naslednog dela.²⁹

Za razliku od većeg broj evropskih država koji vanbračnim drugovima priznaju pravo zakonskog nasleđivanja, u SAD samo se u državi Nju Hempšir predviđa zakonsko pravo nasleđivanja vanbračnog druga nakon tri godine zajedničkog života (§ 457-39 od 1968). Po pitanju imovinskih odnosa i zajedničke imovine vanbračnih partnera, sudska praksa je ustanovila pravo na izdržavanje kao i pravo udela u zajedničkoj imovini. Pored navedenih zakonodavstava, pravo zakonskog nasleđivanja preživelog vanbračnog druga predviđaju i Izrael (čl. 55 Z. 1965), Kanada, Ontario (Ontario, Succession Law Reform Act) i Australija (Inheritance act).

I pored tendencije rasta broja vanbračne dece u velikom broju evropskih država, vanbračna zajednica još nije pravno uređena. Duga je lista evropskih država koje pravno ne reguliše vanbračnu zajednicu: Austrija, Belorusija, Kipar, Češka, Gruzija, Estonija, Letonija, Litvanija, Poljska, Rumunija, Švajcarska, Turska i druge.³⁰

PRAVNO UREĐENJE VANBRAČNE ZAJEDNICE U MAKEDONSKOM PRAVU

Vanbračna zajednica muža i žene u makedonskom zakonodavstvu, prvi put je uređena Zakonom o porodici³¹ iz 1992. godine. I pored kašnjenja, prema domaćoj pravnoj nauci, pravno uređenje statusa vanbračne zajednice predstavlja jednu od značajnijih novina uvedenih u tadašnjem makedonskom porodičnom pravu.³² Njeno pravno regulisanje proizlazi od savremenih društvenih tendencija, što sledi kao logična posledica izjednačavanja statusa vanbračne dece sa statusom dece koja su rođena u braku.

U prethodnom periodu, vanbračna zajednica nije bila zakonski regulisana u makedonskom zakonodavstvu. Međutim, u sudskoj praksi postojali su neki

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem*, 225.

³⁰ V. CAE-IRENE-CNUE, *Couples in Europe*, National Law of 33 European Countries, Edition 2019–2020.

³¹ „Služben vesnik na Republika Makedonija“, бр. 80/92, 9/96, 38/04, 83/04 (preč. tekst), 33/06, 84/08 и 157/08.

³² V. Ljiljana S. Trpenovska, „Karakteristiki na semejnoto zakonodavstvo vo Republika Makedonija“, *Semejnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija*, Vrhoven sud na Republika Makedonija, Skopje, 1994, 11–12.

primeri priznanja određenih prava vanbračnim partnerima.³³ Što se tiče društvenog stava prema ovoj pojavi, on se menjao u zavisnosti od razvoja društvenih odnosa, ali generalni stav je bio negativan.

Odredbe kojima je vanbračna zajednica uređena Porodičnim zakonom Republike Makedonije, nisu doživele nikakve promene i pored toga što su prošle tri decenije otkad je ova ustanova dobila „građanstvo“ u makedonskom pravnom sistemu. Da li to znači da je zakonodavac veoma dobro, koncizno i jasno uređio ovu ustanovu? Odgovor na ovo pitanja mogu dati praktičari, koji se suočavaju se velikim dilemama i poteškoćama prilikom primene ovih zakonskih odredaba.

Što se tiče broja vanbračnih zajednica, u makedonskom društvu još nema oficijelnih podataka. Međutim, u odnosu na skandinavske i neke druge države u Evropi, broj vanbračnih zajednica u Makedoniji je veoma mali, zbog prisutnih patrijarhalnih tradicija u našem društvu. Ovo potvrđuje i veoma mali procenat dece rođene van braka. Dok je u zemljama Evropske unije procenat vanbračnih zajednica u stalnom porastu i iznosi 40%, od rođene dece u Makedoniji samo je oko 15% rođeno izvan braka.

Član 13 Porodičnog zakona, kojim se uređuje vanbračna zajednica predviđa da je to „zajednica života muža i žene koja nije zasnovana prema odredbama ovog zakona (vanbračna zajednica) i koja je, ukoliko je trajala najmanje jednu godinu, izjednačena sa bračnom zajednicom u pogledu prava međusobnog izdržavanja i imovine stečene za vreme trajanja te zajednice“. U Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima,³⁴ u delu kojim se uređuje sticanje imovine, predviđeno je da se imovina koju će vanbračni drugovi steći u vanbračnoj zajednici smatra kao njihova zajednička imovina (čl. 81 st. 1). Sa druge strane, u pogledu upravljanja, raspolaganja, utvrđivanja delova imovine stečene u vanbračnoj zajednici, primenjuju se adekvatno odredbe zajedničke imovine bračnih drugova (čl. 81 st. 2). Imajući u vidu navedene odredbe, u potpunosti je opravdano mišljenje prema kome je vanbračna zajednica³⁵ „izjednačena sa bračnom zajednicom, u pogledu prava dela zajedničke stečene imovine i prava na izdržavanje“.³⁶ U vezi njenog priznanja nauka ističe da treba imati u vidu

³³ O stavovima sudske prakse v. Kocho Hađi Lega, *Vonbračna zajednica: nastanuvanje, prestanok, imotni odnosi i izdržuvanje na vonbračnite drugari*, Semejnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija, 215.

³⁴ „Služben vesnik na Republika Makedonija“, br. 18/01, 92/08 и 139/08.

³⁵ V. Dejan Mickovik, Lidija Stojkova, *Vonbračnata zaednica vo sovremenite semejstva*, *Evrodijalog*, br. 15, Studenski zbor, 1999, 23; Dejan Mickovik, *Pravnoto reguliranje na vonbračnata zaednica*, *Pravnik*, Združenie na pravnici na RM, br. 195–196, 2008, 5–8.

³⁶ Opširnije v. Ljiljana Spirović Trpenovska, *Semejno pravo*, Praven fakultet Skopje, 2008, 252; Dejan Mickovik, „Zakonot za biomedicinski potpopmognato oploduvanje – dilemi“, *Pravnik*, Združenie na pravnicite na RM, br. 203, Skopje, 2009, 45.

ne samo vreme trajanja, već i ukupnost odnosa partnera, njihov kvalitet i istinsku nameru zajedničkog življenja. Ipak, u odnosu opredeljenja uslova za punovažnost vanbračne zajednice, može se zapaziti da je zakonodavac napravio veliki propust na koji nauka već duže vreme sa pravom ukazuje. Prilikom opredeljena uslova, zakonodavac je propustio da navede činjenicu da *ne treba da postoje bračne smetnje između vanbračnih drugova*, da bi mogla biti izjednačena vanbračna zajednica sa brakom, u pogledu međusobnog izdržavanja i imovine stečene za vreme trajanja ove zajednice. Ovaj propust u realnosti dovodi do pravno neprihvatljivih situacija. Tako na primer, prema postojećem zakonu, vanbračna zajednica može da proizvodi pravna dejstva i pored toga što su jedan ili oba partnera u braku, ili su bliži rođaci. Osim toga, u sudskoj praksi javljaju se veliki problemi prilikom dokazivanja učešća u zajedničkoj imovini vanbračnih drugova, kada je jedan od njih, pored toga što živi u vanbračnoj zajednici, još uvek u braku koji nije prestao na jedan od zakonskih načina.

U uporednom pravu najveći deo savremenih zakonodavstava izričito predviđa da između vanbračnih partnera ne smeju da postoje bračne smetnje. Ovakvo rešenje se predviđa i za registrovana partnerstva. U tom smislu, Republika Makedonija jeste jedna od retkih zemalja koja za osnivanje vanbračne zajednice ne predviđa bračne smetnje koji su *condition sine qua non* za zaključivanje braka! U ovom smislu smatramo da Porodični zakon treba da predvidi odredbu prema kojoj vanbračna zajednica može biti punovažna ukoliko ne postoje bračne smetnje.

Na osnovu izloženog, nameće nam se pitanje da li i nadživeli vanbračni drug može da se javi analogijom kao naslednik, imajući u vidu da Zakon o nasleđivanju predviđa da se vanbračno srodstvo izjednačava sa bračnim srodstvom (čl. 4 st. 1). U pozitivnom pravu, vanbračna zajednica nije predviđena kao osnov zakonskog nasleđivanja, zbog čega se vanbračni drug ne javlja se kao zakonski naslednik. Međutim, ne postoje smetnje da se i vanbračni drug javi kao testamentarni naslednik ostavioca kao i svako treće lice.

U članu 13 Zakona o nasleđivanju predviđa se da: „Ostavinu umrlog nasleđuju pre svih sva njegova deca i njegov bračni drug. Oni nasleđuju jednake delove.“ Polazeći od ove zakonske odredbe, koja predviđa samo bračnog druga kao naslednika, *argumentum a contrario* proizlazi da vanbračni partner ostavioca nema nikakvih naslednih prava u makedonskom pravnom sistemu.

U pogledu ovog pitanja makedonska pravna nauka se već duže vreme zalaže da za izmenu naslednopravnog statusa vanbračnog druga, to jest da on stekne pravo da postane naslednik. Ovakvo stanovište je sasvim opravdano, s obzirom na to da vanbračne zajednice postaju sve više prisutne u svim evropskim zemljama, a taj fenomen se polako prihvata i u makedonskom društvu. Argument više za priznavanje naslednih prava i za vanbračne partnere jeste i činjenica da su Ustavom i zakonom vanbračna

deca potpuno izjednačena u svim svojim pravima i obavezama sa decom rođenom u braku. Imajući u vidu činjenicu da zakonodavac predviđa mogućnost da naslednici postanu i lica koja žive u trajnoj zajednici pet godina bez prekida sve do smrti ostavioca, pod opredeljenim uslovima utvrđenim zakonom, trebalo bi predvideti rešenje prema kome bi vanbračni drug bio zakonski naslednik, pod uslovom da ne postoje bračne smetnje između vanbračnih drugova. Pritom, da bi se izbegla sporna pitanja i dileme koja se javljaju u nekim zemljama kada se raspravlja o mogućnosti da se kao naslednik javi i vanbračni drug, smatramo da makedonski zakonodavac treba da predvidi određene kvalifikacione uslove i rokove, pored postojanja zajedničke dece.³⁷

U tom smislu smatramo da bi trebalo predvideti rešenje prema kome bi vanbračni drug imao pravo nasleđivanja ako je vanbračna zajednica registrovana i ukoliko je trajala najmanje pet godina do momenta smrti ostavioca. U slučaju da su u vanbračnoj zajednici rođena i zajednička deca, onda bi rok trebalo da bude kraći, odnosno tri godine do momenta smrti ostavioca. Na osnovu navedenog, vanbračni drug bi bio zakonski naslednik u okvirima prvog i drugog zakonskog naslednog reda, pod istim uslovima kao i bračni drug. Ukoliko ne postoje naslednici prvog i drugog naslednog reda, vanbračni drug će isključiti naslednike trećeg naslednog reda i naslediti celu ostavinu.

U ovom kontekstu nameće se pitanje dokazivanja postojanja i vremena trajanja vanbračne zajednice, što je od suštinskog značaja u slučaju prekida vanbračne zajednice. Ovaj problem je često prisutan u praksi i rezultira dugim dokazivanjem u sudskim procesima, imajući u vidu činjenicu da u makedonskom pravu ne postoji obaveza da se vanbračna zajednica registruje. Ovim je ugrožen i jedan od značajnijih principa, a to je princip pravne sigurnosti u imovinsko-pravnim odnosima.

U uporednom pravu veoma je mali broj država u kojima neregistrovane vanbračne zajednice proizvode pravne posledice (Slovenija, Hrvatska, Crna Gora, Kosovo). Zbog toga, smatramo da je poželjno da zakonodavac omogući vanbračnim partnerima, koji žele izbeći eventualne poteškoće u ostvarivanju svojih prava, da svoju vezu ozvaniče jednom dvostranom izjavom volje koja će biti overena i deponirana kod notara.³⁸ Vreme koje treba da prođe kako bi se ostvarila prava iz vanbračne zajednice (u makedonskom pravu taj rok iznosi godinu dana) započinje

³⁷ Ljiljana Kadić, „Osvrt Predlog Zakona od nasleđivanju Crne Gore“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, Podgorica, 2008, 574.

³⁸ Saznanja iz notarske prakse u Republici Makedoniji pokazuju da su dosad bili prisutni ovakvi slučajevi kada se izjavom potvrđivala činjenica postojanja vanbračne zajednice, između vanbračnih partnera, ali prvenstveno s ciljem korišćenja određenih beneficija prilikom odsluženja kazne zatvora. Seminar u organizaciji Asocijacije za pravno-ekonomska istraživanja i edukacije – *Juridika*, Bansko (Strumica), 26–28 februara, 2010.

od dana overavanja izjave kod notara. To se odnosi i na prestanak vanbračne zajednice, do koje može doći uzajamnom izjavom ili jednostranom izjavom volje jednog od vanbračnih partnera. Ovakvim rešenjem ne traži se od vanbračnih partnera da prolaze proceduru koja je predviđena za zaključivanje braka, već će se tražiti samo jedna overena notarska izjava kojom će biti lakše dokazivanje postojanja i vreme trajanja vanbračne zajednice. Vanbračni partneri koje ne žele da registruju svoju vanbračnu zajednicu, biće izloženi procesnim poteškoćama prilikom ostvarivanja prava koja proizlaze iz vanbračne zajednice. Ova rešenja su predviđena u Knjizi 5 *Naslednopravni odnosi u nacrtu Makedonskog građanskog zakonika* i ona se odnose isključivo na registrovanu vanbračnu zajednicu. Vanbračni partneri neregistrovane vanbračne zajednice nemaju pravo zakonskog nasleđivanja.

ZAKLJUČAK

U savremenim pravima Evrope osim srodstva i bračne veze, kao osnov pozivanja na nasleđe, sve češće se javlja i vanbračna zajednica. Ova novina jeste rezultat savremenih tendencija u razvoju porodičnog prava, kao i prihvatanja vanbračne zajednice u svim evropskim društvima.

Nakon sprovedenog istraživanja vezanog za vanbračne zajednice, može se zaključiti da savremena zakonodavstva različito uređuju njihov status. Naslednopravna dejstva vanbračnih neregistrovanih zajednica koje su priznate zakonom, uređena su u manjem broju država, kao što su Slovenija, Hrvatska, Crna Gora, Izrael, Kanada i Australija. U Holandiji je potrebno da heteroseksualna zajednica bude registrovana kako bi proizvela naslednopravna dejstva.

U makedonskom zakonodavstvu pravno su priznate samo vanbračne heteroseksualne zajednice koje su izjednačene sa bračnom zajednicom u odnosu na izdržavanje i zajedničku imovinu vanbračnih drugova. U odnosu pravnih odredaba kojima je uređena vanbračna zajednica, još jednom se potvrdio zaključak da je potrebno da se regulativa nadopuni odredbama kojima će biti predviđeno da ne smeju postojati bračne smetnje između vanbračnih partnera.

Sa aspekta naslednog prava makedonski zakonodavac nije predvideo vanbračnu zajednicu kao osnov zakonskog nasleđivanja. Imajući u vidu rešenja uporednog prava, kao i izložene argumente, smatramo da je potrebno prihvatiti vanbračnu zajednicu kao osnov nasleđivanja u makedonskom zakonodavstvu. U tom smislu potrebno je da se u Građanskom zakoniku predvidi rešenje da na osnovu zakona, ostavioca nasleđuje i njegov vanbračni partner koji će u naslednom pravu biti izjednačen sa bračnim partnerom. Pritom, kao vanbračna zajednica u smislu ovog zakona, smatrala bi se zajednica života muža i žene koja je trajala pet godina, (ukoliko je

rođeno dete potrebno je da je zajednica trajala najmanje tri godine), ukoliko nema smetnji za zaključenje punovažnog braka, a koja je prestala smrću ostavioca.

Imajući u vidu probleme kojih ima u sudskoj praksi, potrebno je omogućiti pravo izbora partnera – da li žele da registruju svoju vanbračnu zajednicu izjavom kod notara. Time bi se olakšalo rešavanje imovinskopravnih sporova i ostvarenje eventualnih naslednih prava. U suprotnom, partneri bi bili izloženi riziku da u sudskoj proceduri dokazuju postojanje i trajanje vanbračne zajednice.

Prof. Dr. DEJAN MICKOVIK

Full Professor, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

Prof. Dr. ANGEL RISTOV

Full Professor, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

THE IHERITANCE OF NON-MARITAL PARTNERS IN THE CONTEMPORARY LEGAL SYSTEMS

Summary

In modern European law, in addition to kinship and marriage, extramarital union also appears more frequently as a basis for inheritance. This novelty is the result of modern trends in the development of family law, as well as the acceptance of cohabitation in all European societies. In Macedonian legislation, only non-marital heterosexual unions are legally recognized, which are equal to the marital union in relation to maintenance and common property of cohabitants. In relation to the legal provisions regulating non-marital union, it may be concluded that the regulation needs to be supplemented with provisions that there must be no marital obstacles between non-marital partners. From the aspect of inheritance law, the Macedonian legislator did not foresee non-marital union as the basis of legal inheritance. Bearing in mind the solutions of comparative law, as well as the presented arguments, we believe that it is necessary to accept non-marital union as the basis of inheritance in Macedonian legislation.

Key words: nonmarital union, inheritance law, intestate inheritance, Civil code

Literatura

Alinčić M., „Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5, Zagreb, 2005.

Blagojević T. B., *Nasledno pravo u Jugoslaviji prava republika i pokrajina*, „Savremena administracija“, Beograd, 1983.

Boulanger F., *Droit Civil de la Famille, Aspects comparatives et internationaux*, 3 édition, tom I, Economica, Paris, 2000.

- Cankova C., Markov M., Staneva A., Todorova V., *Komentar na novia Semeen Kodeks*, Trud i pravo, Sofija, 2009.
- Dekeuwer-Défossez F., *PACS et famille*, *RTD civil*, No. 3, 2001.
- Gavella N., *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1986.
- Hađi Lega K., *Vonbračna zajednica: nastanuvanje, prestanok, imotni odnosi i izdržuvanje na vonbračnite drugari*, Semejnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija, Vrhoven sud na Republika Makedonija, Skopje, 1994.
- Kadić Lj., „Osvrt na Predlog Zakona od nasljeđivanju Crne Gore“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, Podgorica, 2008.
- Klarić P., Vedriš M., *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, X izdanje, Narodne Novine, Zagreb, 2006.
- Markov M., *Semeino i nasledstveno pravo*, Sibi, Sofija, 2009.
- Marković S., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1978.
- Mateeva E., *Semeino pravo na Republika Blgaria*, Černorizec Hrabar, Sofija, 2010.
- Meulders Klein M. T., „Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire“, *La Personne, La Famille et le Droit*, Paris, 1968–1998.
- Micković D., „Pravnoto reguliranje na vonbračnata zaednica“, *Pravnik*, Združenie na pravnici na RM, br. 195–196, 2008.
- Micković D., „Zakonot za biomedicinski potpopmognato oploduvanje – dilemi“, *Pravnik*, Združenie na pravnicite na RM, br. 203, Skopje, 2009.
- Micković D., Stojkova L., „Vonbračnata zaednica vo sovremenite semejstva“, *Evrodijalog*, br. 15, Studenski zbor, 1999.
- Mignot M., „La partenariat enregistré en Droit International privé“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 3, 2001.
- Puhan I., Aćimovska P. M., *Rimsko pravo*, Praven fakultet Skopje, 2001.
- Renault-Brahinski C., *Droit de la famille*, Gualano éditeur, Paris, 2005.
- Rubellin-Devichi J., *Des concubinages dans le monde*, Centre de droit de la famille, Editions du centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1990.
- Rubellin-Devichi J., *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridique*, Éditions du Centre Nacional de la recherche scientifique, Paris, 1989.
- Stasi L., *Droit civil, Personnes, Incapacités, Famille*, 10 édition, Paradigme publications universitaires, Orléans, 2004–2005.
- Sturm F., *Conubium, ius migrandi, conventio in manum*, *Le Droit de la Famille en Europe son Evolution depuis Lantique jusque nous jours*, Pressses Universitaire de Strasbourg, Strasbourg, 1992.
- Tasev H., *Blgarsko nasledstveno pravo*, Nova redakcija Siela, Sofija, 2006.
- Teillard L., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

Tratnik M., *Civilno pravo – Zbirka predpisov*, Codex Iuris, Maribor, 2003.

Trpenovska S. Lj., Micković D., Ristov A., *Naslednoto pravo vo Republika Makedonija*, Blesok, Skopje 2010.

Trpenovska S. Lj., „Karakteristiki na semejnoto zakonodavstvo vo Republika Makedonija“, *Semejnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija*, Vrhoven sud na Republika Makedonija, Skopje, 1994.

Trpenovska Spirović Lj., *Semejno pravo*, Praven fakultet Skopje, 2008.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

TAMARA ĐURĐIĆ MILOŠEVIĆ

UGOVOR O ODRICANJU OD BUDUĆEG NASLEDSTVA

Pitanje ugovornog raspolaganja zaostavštinom u središtu je debata savremene pravne doktrine zbog apsolutističkog poimanja slobode testiranja, i odstupanja od osnovnih principa testamentarnog prava koji se uzimaju kao temelj raspolaganja za slučaj smrti. Naime, u pojedinim pravima gde je testament i jedini instrument raspolaganja za slučaj smrti, sloboda testiranja se poistovećuje sa autonomijom volje za slučaj smrti. S druge strane postoje pravni sistemi koji osim zaveštanja poznaju i druge instrumente sporazumnog uređenja naslednopravnih posledica smrti, kao što su naslednopravni ugovori u koje spada i ugovor o odricanju od budućeg nasledstva. Ovaj ugovor je zabranjen u srpskom pravu, te se postavlja pitanje da li bi njegovo uvođenje de lege ferenda, bilo opravdano sa stanovišta realizacije šire privatnopravne autonomije za slučaj smrti, kao i iz perspektive osnovnih postulata našeg naslednopravnog uređenja.

Ključne reči: privatnopravna autonomija, naslednopravni ugovori, ugovor o odricanju od budućeg nasleđa

U V O D

Kada govorimo o slobodi raspolaganja imovinom za slučaj smrti, najznačajniji instrument njene realizacije jeste testament kao osnovni pravni posao *mortis causa*, koji je tradicionalno zastupljen u svim zakonodavstvima. Kako je u pojedinim pravima testament i jedini instrument *mortis causa* raspolaganja, autonomija

Dr Tamara Đurđić Milošević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: tdjurdjic@gmail.com.

volje za slučaj smrti poistovećuje se sa slobodom testiranja, zbog čega se osnovni principi testamentarnog prava uzimaju kao osnov imovinskopravnog raspolaganja za slučaj smrti.

Međutim, voljno uređivanje naslednopravnih posledica smrti kao emanacija principa autonomije volje znatno je šireg domašaja, jer se može manifestovati i putem drugih pravnih poslova, kao što je ugovor o nasleđivanju.¹ Savremena zakonodavstva karakterišu i brojni drugi pravni instrumenti kao svojevrsni supstituti zaveštanja (ugovor o nasleđivanju, zajedničko zaveštanje, trust u pravu Engleske)² koji su nastali kao izraz tendencije širenja privatnopravne autonomije u građanskom pravu, pa samim tim i slobode uređivanja naslednopravnih posledica smrti. One su diktirane potrebama savremenog pravnog prometa i predstavljaju rezultat dinamičkog razvoja ekonomskih i društvenih odnosa.

Dakle, i pored generalne zabrane ugovornog raspolaganja imovinom za slučaj smrti koja je u pojedinim pravima propisana s ciljem očuvanja zaveštajne slobode, sve češće se u aktulenim reformama savremenih zakonodavstava usvajaju rešenja u prilog širenja autonomije volje kod planiranja nasleđivanja, pre svega kroz priznavanje prava ugovornog imenovanja naslednika. Ovakva tendencija uslovljena je kretanjima u svojinskopравnim odnosima, jer se sa povećanjem značaja privatnog vlasništva povećava potreba za novim formama raspolaganja, kako *inter vivos* tako i *mortis causa*.

Istovremeno, nove socio-ekonomske prilike, kao i porodični odnosi koji su strukturalno značajno promenjeni poslednjih decenija, daju nasleđivanju novu dimenziju, imajući u vidu činjenicu da je pravno oblikovanje ustanove nasleđivanja tesno povezano sa uređenjem porodice. Naime, nove porodične konstelacije upravo nameću potrebu za širom autonomijom u domenu imovinskih raspolaganja i većom fleksibilnošću prilikom planiranja nasleđivanja (osiguranje naslednopravnog položaja pojedinih kategorija lica kao budućih naslednika – npr. dece iz prethodnog braka, regulisanje bračnoimovinskog režima za slučaj smrti, osiguranje transgeneracijskog prenosa imovine za slučaj smrti, prenos porodičnih preduzeća naslednopravnom sukcesijom u cilju osiguranja kontinuiteta poslovanja). Dakle, praktične potrebe društva uslovile su tzv. kontraktualizaciju naslednog prava koja nužno podrazumeva odstupanje od pojedinih principa testamentarnog nasleđivanja, kao što je princip opozivosti poslednje volje

¹ U osnovi ovog rada je istraživanje iz disertacije „Ograničenje slobode testamentarnih raspolaganja“, koju sam odbranila 2018. godine, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu.

² Antonio Bonomi, „Balancing Party Autonomy – the Protection of Family Members“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives* (ed. by E. Arroyo Amayuelas M. Anderson), European Studies in Private Law, Groningen, 2011, 27.

– temeljni princip testamentarnog prava koji proizlazi iz pravne prirode testa-
menta kao jednostranog i ličnog pravnog posla za slučaj smrti.

Osnovni problem povodom normiranja naslednopravnih ugovora upravo se
ogleda u odstupanju od tipičnih obeležja testamenta kao osnovnog pravnog posla
za slučaj smrti, jer je u pravnoj teoriji duboko ukorenjeno shvatanje da se bilo ka-
kvim sporazumnim uređenjem naslednopravnih odnosa onemogućava puna slo-
boda odlučivanja i postupanja ostavioca prilikom *mortis causa* raspolaganja imovi-
nom.³ Dakle, tradicionalno shvatanje jeste da ostavilac može uticati na zasnivanje
naslednopravnih odnosa samo putem testamenta, jer se jedino na taj način može
ostvariti puna sloboda u realizaciji poslednje volje, dok potencijalni naslednici
mogu raspolagati svojim naslednopravnim ovlašćenjima tek nakon smrti ostavioca
kada steknu nasledničko svojstvo.⁴

Čini se da suština problematike ugovornog uređenja nasledničkih odnosa
(bilo posredno, ili neposredno) izvire iz apsolutističkog poimanja slobode testi-
ranja. Sloboda testiranja se ne posmatra samo kao jedan segment privatnopravne
autonomije pojedinca koju u opštoj perspektivi čini i sloboda ugovaranja. Zbog
toga se kao ključno postavlja pitanje da li slobodu ugovaranja treba posmatrati is-
ključivo kao ustanovu koja je suprotstavljena slobodi testiranja, ili se njihov odnos
može posmatrati i kroz prizmu komplementarnosti, imajući u vidu da predstavljaju
emanaciju istog građanskopravnog principa – principa autonomije volje?

Ova sporna pitanja pokrenula su brojne debate oko opravdanosti uvođenja
novih formi *mortis causa* raspolaganja u savremena zakonodavstva, pre svega, u
pogledu njihovog pravnog dejstva na testamentarnu slobodu, koje je različitog
domaćaja s obzirom na njihovu različitu pravnu prirodu i pravni cilj normira-
nja. Kada je reč o naslednopravnim ugovorima, njihov uticaj na slobodu testiranja
opredeljen je vrstom ovih ugovora. Ugovor o nasleđivanju može se posmatrati kao
ograničenje slobode zaveštajnog raspolaganja, s obzirom na to da su ugovorna ras-
polaganja za slučaj smrti koja čine sadržinu ovog ugovora, načelno, neopoziva, iako
je u pitanju ograničenje koje zaveštalac sebi nameće voljno. U pravnim sistemima
u kojima je dopušten, ugovorom o budućem nasljedstvu ograničava se sloboda
testamentarnog raspolaganja u pogledu dela zaostavštine kojim budući naslednik
ugovorom raspolaze. S druge strane, postoje određeni naslednopravni ugovori,
kao što je ugovor o odricanju od budućeg nasljedstva, koji su u funkciji prošire-
nja zaveštajne slobode, s obzirom na to da se njima vrši anticiparno odricanje

³ Borislav Blagojević, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1983, 303.

⁴ *Ibidem*.

od budućih naslednih prava i derogiraju pravila nužnog nasleđivanja, tako da zaveštalac slobodno može raspolagati delom zaostavštine kojeg se presumptivni naslednik anticipirano odrekao. Ono što je zajedničko ovim naslednopravnim ugovorima jeste da predstavljaju instrumente manifestacije autonomije volje pojedinca i da se njihovim uvođenjem u pravne sisteme ekstenzivira privatnopravna autonomija *mortis causa*.

O NASLEDNOPRAVNIM UGOVORIMA

Pojam naslednopravnih ugovora se u pravnoj teoriji različito određuje s obzirom na to da ne postoji saglasnost u pogledu njihove sadržine i pravne prirode, a problem njihove pravne kvalifikacije se dodatno produbljuje sa razvojem naslednopravnih odnosa i uvođenjem novih formi ugovornog raspolaganja zaostavštinom, koje inkorporiraju elemente različitih imenovanih ugovora (ugovora o doživotnom izdržavanju, ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života, ugovora o anticipiranom odricanju od nasleđa, ugovora o poklonu). Kao posledica njihove složene pravne prirode, ali i različitih pravnih ciljeva radi čije realizacije su i propisani, razgraničenje između ovih instituta teško je napraviti, jer se u jednom delu u pogledu bitnih svojstva prepliću, a u drugom mimoilaze.⁵ Ipak, polazeći od naslednopravnih elemenata kao zajedničkih karakteristika ovih ugovora, njihov direktni ili indirektni uticaj na oblikovanje naslednopravnih posledica smrti ostavioca može se uzeti kao kriterijum njihovog razvrstavanja (klasifikacije).⁶

U teoriji je zastupljeno mišljenje da su pravi naslednopravni ugovori (*succession pacts, inheritans agreements*) oni koji imaju neposredni uticaj na pravni položaj naslednika, od kojih pojedini mogu predstavljati samostalni osnov pozivanja na nasleđe saugovarača ili trećeg lica, pored zakona i zaveštanja, kao što je ugovor o nasleđivanju, ili pak osnov za singularnu sukcesiju (ugovor o budućem legatu).⁷ Ovakvi ugovori se označavaju kao afirmativni naslednopravni ugovori, odnosno

⁵ Tamara Đurđić, „Zakonske granice slobode imenovanja naslednika“, *Okrugli sto, Dvadeset godina Zakona o nasleđivanju Republike Srbije* (ur. Nataša Stojanović, Novak Krstić), Niš, 2016, 226.

⁶ Pojedini teoretičari smatraju da su pojmovi „naslednopravni ugovori“ i „ugovori u naslednom pravu“ sinonimi, a da se sa ovim pojmovima ipak ne mogu izjednačiti „ugovori sa naslednopravnim dejstvom“, V. Blanka Ivančić – Kačer, Ante Perkušić, „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori ili ugovori naslednog prava ili paranasljedni ugovori u hrvatskom pozitivnom pravu“, *Pravni vjesnik*, br. 1–2, 2006, 105, fn. 7; V. Andra Đorđević, *Nasledno pravo u Kraljevini Srbiji*, Štamparija Savića i Kompanije, Beograd, 1903, 63.

⁷ Oliver Antić, Zoran Balinovac, *Komentar zakona o nasleđivanju*, Nomos, Beograd, 1996, 476; suprotno v. Zdravko Petrović, „Nasljedno-pravni ugovori“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 7–8, 1990, 1.

pravi ugovori o nasljeđivanju, ili ugovori o nasljeđivanju u užem smislu.⁸ Naspram njih stoje ostali nasljedopravni ugovori, u koje se uvrštavaju ugovor o budućem nasljedstvu ili legatu, ugovori o odricanju od nasljedstva koje nije otvoreno (negativni nasljedopravni ugovori) i ugovor o sadržini zaveštanja.⁹

Interesantno je napomenuti da je u srpskom pravu bio dopušten jedan modalitet nasljedopravnih ugovora – ugovor o odricanju od budućeg nasleđa. Naime, Saveznim zakonom o nasljeđivanju iz 1955. godine, koji je važio u Srbiji, ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno bio je dopušten ukoliko je bio zaključen između pretka i njegovih potomaka.¹⁰ Naime, potomak se mogao odreći budućeg nasljedstva koje bi mu pripalo posle smrti pretka, bilo da je reč o redovnom zakonskom ili nužnom nasljednom delu. Za punovažnost ovog ugovora zahtevana je pismena forma i overa ugovora od strane sudije. Na ovakav vid odricanja od nasljedstva primenjivala su se pravila koja važe za odricanje od otvorenog nasleđa, a dejstva odricanja su ista kao i kod svake izjave o odricanju: lice koje se odreklo ne učestvuje u raspodeli zaostavštine, a odricanje se odnosi i na njegove potomke, osim ukoliko nije drugačije ugovoreno. Neki teoretičari smatraju da se na ovaj način odstupalo od pravila da se raspodela imovine koja čini zaostavštinu raspravlja nakon smrti nekog lica.¹¹

Konačno, apsolutna zabrana ove vrste nasljedopravnog ugovora uvodi se u naše pravo Zakonom o nasljeđivanju iz 1974. godine.¹² Ovakvo rešenje preuzeto je i u važeći Zakon o nasljeđivanju RS koji sankcioniše ništavošću odricanje od nasljedstva koje nije otvoreno.¹³ Zabrana raspolaganja nasljednom nadom odnosi se na sve osnove pozivanja na nasleđe, sve vrste nasljednika, kao i sve oblike ovog raspolaganja (npr. sporazum budućih nasljednika o deobi zaostavštine). I prema Nacrtu

⁸ A. Đorđević, op. cit., 63.

⁹ Alexandra Braun, „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, br. 3, 2012, 462 (fusnota 2). Pojedini teoretičari nasljedopravne ugovore definišu kao ugovore o nasljeđivanju u širem smislu (Slavko Marković, *Nasledno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, 353).

¹⁰ Čl. 140 Zakona o nasljeđivanju iz 1955, *Službeni list FNRJ*, br. 20/55.

¹¹ Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno, iako je zaključen u skladu sa odredbama Saveznog zakona o nasljeđivanju, nema nikakvog pravnog dejstva u slučaju kad je nasleđe otvoreno posle stupanja na snagu Zakona o nasljeđivanju Srbije (Vrhovni sud Srbije Rev, 1161/91, od 28. 5. 1991).

¹² Čl. 135 Zakona o nasljeđivanju Socijalističke Republike Srbije, *Službeni Glasnik SRS*, br. 52/74, 1/80.

¹³ Čl. 218 Zakona o nasljeđivanju Republike Srbije (u daljem tekstu: ZON), *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003, 6/2015.

građanskog zakonika RS, ugovor o odricanju od nasljedstva koje nije otvoreno je apsolutno zabranjen, dakle bez propisivanja bilo kakvih izuzetaka.¹⁴

O UGOVORU O ODRICANJU OD BUDUĆEG NASLEDSTVA

Ugovor o odricanju od budućeg nasljedstva se u pravnoj teoriji definiše se kao negativni ugovor o budućem nasljedstvu. Za razliku od pozitivnog ugovora o budućem nasljedstvu ili legatu kojima neko lice raspolaže nasljedstvom ili legatom odnosno drugom koristi kojoj se nada, ugovorom o budućem nasljedstvu se budući zakonski ili zaveštajni nasljednik anticipirano, dakle pre otvaranja nasljedstva, odriče svog naslednog prava na zaostavštini ostavioca.¹⁵ To je poseban naslednopravni ugovor čija svrha se ogleda u isključenju zakonskog ili testamentarnog prava nasleđivanja, ili pak nasleđivanja po osnovu ugovora o nasleđivanju (kod kojeg se može odreći samo treće lice u čiju korist je ugovor zaključen, ali ne i ugovorne strane).¹⁶

Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno (*Erbverzicht*) vodi poreklo iz germanskog prava.¹⁷ Kako je u pitanju je *inter vivos* pravni posao, na njega se ne primenjuju odredbe kojima se reguliše testament ili ugovor o nasleđivanju, već se primenjuju opšta pravila građanskog prava koja se odnose na punovažnost *inter vivos* pravnih poslova.¹⁸

Ugovor o odricanju od budućeg nasljedstva je formalan, zaključuje se u pismenoj formi, i overava od strane sudije ili notara.¹⁹ Iako može biti dobročinog karaktera (što je isključivo slučaj u francuskom pravu), ugovor o odricanju od budućeg nasljedstva se zaključuje kao teretan pravni posao, jer nasljednik koji se

¹⁴ Čl. 2818 Nacrta građanskog zakonika RS.

¹⁵ § 2346, 2352 Građanskog zakonika Nemačke („Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist“; <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, 30. 9. 2022, – u daljem tekstu: BGB); v. Hans Brox, *Grundprinzipien, Erbrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2004, 172.

¹⁶ Dieter Leipold, *Erbrecht – Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, 197; H. Brox, op. cit., 175.

¹⁷ H. Brox, op. cit., 172.

¹⁸ Knut Werner Lange – Kurt Kuchinke, *Erbrecht*, C. H. Beck. München, 2001, 167; Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, *Erbrecht*, München, 2011, 886; suprotno: Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasledno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008, 424.

¹⁹ § 2348 i 2352 BGB; čl. 135 (3); Zakon o nasljeđivanju Crne Gore (u daljem tekstu: ZONRCG), *Službeni list CG*, br. 74/2008); čl. 134 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske, *Narodne novine*, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015.

odriče, po pravilu, ugovara odgovarajuću protivnaknadu na ime toga. U pitanju je aleatoran pravni posao, jer je odnos uzajamnih činidbi neizvestan (ne zna se kolika će biti vrednost naslednog dela kojeg se naslednik odriče), tako da ugovorne strane unapred prihvataju moguću nesrazmeru uzajamnih činidbi. Zbog aleatornog karaktera ugovor se ne može poništiti usled *laesio enormis*.

Odricanje se može odnositi na celo nasleđe, ili deo nasleđa. U germanskim pravima, pravo na odricanje pripada svakom potencijalnom nasledniku, ali ne i državi kao imperativnom zakonskom nasledniku.²⁰ Osim budućeg naslednika, nasledstva se može odreći i legatar, kao i lice ovlašćeno na sticanje nužnog dela. Prilikom raspravljanja zaostavštine, za lice koje se odreklo nasleđa uzima se kao da nije bilo živo u trenutku otvaranja nasledstva ostavioca.²¹

Kada je reč o pravnim dejstvima ovog ugovora, ona se proširuju i na potomke lica koje se odreklo nasleđa, osim ukoliko drugačije nije ugovoreno,²² odakle proizlazi da pravo odricanja od budućeg nasledstva nije ličnog karaktera.²³ Odricanje od zakonskog naslednog dela uključuje i odricanje od prava na nužni deo (ako zakonski naslednik spada u krug nužnih naslednika), osim ukoliko drugačije nije ugovorom predviđeno. Zakon takođe predviđa mogućnost da se odricanje ograniči samo na nužni deo (§ 2346 BGB-a). Ovaj vid odricanja od posebnog je značaja za ostvarivanje slobode testiranja, jer ostaviocu daje sigurnost da njegova zaveštajna raspolaganja neće biti naknadno osporena potraživanjem nužnog dela od strane naslednika koji se odrekao. Kao izraz načela autonomije volje, odricanje od zakonskog prava nasleđivanja ili prava na nužni deo može biti opozvano i sačinjavanjem ugovora o poništenju.²⁴

Odricanje naslednika ili legatara od koristi koju će steći po osnovu zaveštajna takođe je moguće (§ 2352 BGB-a). Ova odredba ima praktični značaj ukoliko u međuvremenu testator izgubi zaveštajnu sposobnost, pa ne može opozvati testament, kada će on kao ugovora strana u ugovoru o odricanju biti zastupan od strane

²⁰ § 551 Građanskog zakonika Austrije (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Fassung von 2018, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>, 30. 9. 2022, u daljem tekstu: ABGB); čl. 2346 i čl. 2352 BGB-a, čl. 496 ZGB-a.

²¹ H. Brox, op. cit., 172.

²² V. čl. 2349 BGB-a, čl. 495 (3) ZGB-a i čl. 551(2) ABGB-a; V. Dragica Živojinović, „Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno“, *Pravni život*, br. 10, 2000, 416.

²³ Nataša Stojanović, „Naslednopravni ugovori u budućoj kodifikaciji građanskog prava“, *Građanska kodifikacija – Civil codification*, (ur. Radmila Kovačević-Kuštrimović), Pravni fakultet, Niš, 2003, 373.

²⁴ D. Leipold (2002), op. cit., 200; Za ovaj ugovor važe uslovi forme i zastupanja kao i za ugovor o odricanju od otvorenog nasledstva (čl. 2351 BGB-a).

zakonskog zastupnika.²⁵ Dok je u nemačkom pravu, odricanje u korist trećeg lica dopušteno kod zakonskog nasleđivanja,²⁶ kod zaveštajnog raspolaganja, međutim, nije moguće odricanje od nasleđstva u korist trećeg (§ 2350 BGB-a).

Sa stanovišta ostvarivanja slobode testiranja značajno je napomenuti da odricanje od naslednih prava ne isključuje mogućnost da zaveštalac kasnije postavi za naslednike ili pak za legatate lica koja su se ugovorom odrekla nasleđa pre njegovog otvaranja, pri čemu oni imaju pravo izbora: da prihvate raspolaganje u svoju korist čime se opoziva njihova izjava o odricanju od nasleđa ili da ga ne prihvate. To znači da se odricanje od naslednih prava može odnositi samo na već sačinjeno zaveštanje, odnosno određena zaveštajna raspolaganja, a ne i na buduća. Otuda ugovor o odricanju ima dejstvo opozova samo u odnosu na ranije sačinjeno zaveštanje, odnosno njegove odredbe u korist naslednika koji odriče koristi po ovom osnovu.²⁷ Suprotno tumačenje bi značilo ograničavanje slobode testatora u pogledu docnijeg zaveštajnog raspolaganja, što bi proizvelo pravno dejstvo slično ugovoru o sadržini zaveštanja, što je neprihvatljivo. U svakom slučaju, naknadnim zaveštajnim raspolaganjem može biti samo poboljšan, nikako pogoršan naslednopravni položaj naslednika u pitanju.²⁸ Ova posledica izraz je načela *pacta sunt servanda*, po kome ovaj ugovor vezuje obe ugovorne strane, na način da lice koje se odriče nasleđstva ovim putem ugovor ne može jednostrano opozvati, a lice u odnosu na čiju zaostavštinu je odricanje učinjeno ne sme naknadno pogoršati naslednopravni položaj lica koje se odreklo. Sporazumni raskid, kao izraz načela slobode ugovaranja uvek je moguć.²⁹

Odricanje od nasleđstva nesumnjivo ide u prilog širenja autonomije volje potencijalnih naslednika, ali istovremeno, posredno doprinosi široj zaveštajnoj slobodi, jer su lica koja su se odrekla naslednih prava izuzeta iz nasleđivanja i ne postoji mogućnost da naknadno ospore raspodelu zaostavštine u opsegu u kojem su se odrekli. Prilikom odricanja, raspoloživi deo zaostavštine se povećava i samim tim proširuje obim imovine kojim zaveštalac slobodno može testamentarno raspolagati. Ovaj modalitet naslednopravnog ugovora potvrđuje da se uvođenjem instrumenta ugovornog raspolaganja u nasledno pravo nužno ne mora ograničavati sloboda testiranja, već se može i ekstenzivirati, afirmišući na taj način autonomiju volje u planiranju nasleđivanja.

²⁵ H. Brox, op. cit., 174.

²⁶ Čl. 2350 (1) BGB-a.

²⁷ Branko Hrvatinić, „Nasljednopravni ugovori“, *Nasljednopravno uređenje*, Narodne novine, Zagreb, 2003, 129.

²⁸ Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 336.

²⁹ O. Antić, op. cit., 337.

KRITIČKI OSVRT NA UGOVOR O ODRICANJU
OD BUDUĆEG NASLEDSTVA

Kao negativna strana ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva se u domaćoj pravnoj teoriji ističe da je u pitanju hazardni posao, jer se u trenutku zaključenja ne može znati vrednost zaostavštine koje se naslednik odriče. Naime, lice koje se odriče nasljedstva ne može znati pravu vrednost imovine koja će ući u zaostavštinu, a koja može biti mnogo veća (ali i mnogo manja) nakon delacije ostavioca nego što je u momentu odricanja.³⁰ Osim toga, navodi se da sporazum može biti zaključen na nezdravim osnovama i motivima, na štetu lica koje se odriče nasljedstva, kao i njegovih potomaka, pa može biti pogodan instrument za manipulisanje (često se potomak pod nagovorom pretka kao autoriteta odriče nasljedstva, uz simboličnu ili nikakvu protivnaknadu).³¹ Postoji i opasnost od nemoralnih postupanja,³² narušavanja principa polne ravnopravnosti³³ i remećenja porodičnih odnosa favorizovanjem nekog od srodnika.³⁴

Na drugoj strani su oni pravni teoretičari koji se pozitivno izjašnjavaju o ugovoru o odricanju od budućeg nasljedstva, ističući kao njegove prednosti to: da on unosi red u nasledničke odnose i stvara izvesnost u pogledu raspodele buduće zaostavštine; da lica koja se odriču budućeg nasljedstva po pravilu ne pristaju na njegovo zaključenje ako ne dobiju odgovarajući imovinsku korist, te se na taj način štiti ekonomska pozicija i njih i njihovih potomaka; ugovorenu imovinsku korist lice koje se odriče dobija po zaključenju ugovora, a ne nakon smrti lica čijeg se nasljedstva odriče.³⁵ Takođe se ističe da ovi ugovori u usmenoj formi egzistiraju u domaćoj praksi, i da se njihovim zaključenjem još više komplikuju odnosi povodom raspravljanja zaostavštine, jer ovi ugovori nisu pravno uobličeni.³⁶

Značajno je napomenuti da ugovor odricanju od budućeg nasljedstva predstavlja veoma zastupljen instrument planiranja nasleđivanja u uporednom pravu, pre svega u pravima u kojima ima dugu pravnu tradiciju (germanska prava), u kojima je i najšireg pravnog domašaja (mogu ga zaključivati svi naslednici, i to bez obzira na osnov sticanja naslednih prava kojih se odriču). I u onim pravima u kojima je predviđena načelna zabrana zaključenja ugovora o budućem nasljedstvu, priznaje se mogućnost odricanja od budućeg nasljedstva.

³⁰ B. Blagojević, op. cit., 307.

³¹ *Ibidem*.

³² N. Gavella, V. Belaj, op. cit., 421, 422.

³³ S. Marković, op. cit., 356.

³⁴ N. Stojanović, op. cit., 358.

³⁵ Slobodan Svorcan, *Nasledno pravo*, Pravni fakultetu Kragujevcu, Kragujevac, 2009, 205.

³⁶ N. Stojanović, op. cit., 359.

Uzimajući u obzir izloženu argumentaciju *pro et contra* ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva smatramo da argumenti u prilog njegovog normiranja imaju prevagu. Naime, prednosti ovog ugovora su brojne, bilo da se posmatra iz perspektive nasljednika koji se nasljedstva odriče, bilo kroz prizmu interesa budućeg ostavioca u pogledu čije zaostavštine se daje odricanje. Ovaj ugovor nastaje kao izraz autonomije volje oba saugovarača, pri čemu lice koje se odriče budućeg nasljedstva kao prednost stupanja u ovaj ugovorni odnos vidi sticanje određene imovinske koristi na ime odricanja i to odmah; dok lice u odnosu na koje se odriče (budući ostavilac) može još za života zaključenjem ovog ugovora urediti imovinsko-pravne odnose između budućih nasljednika u pogledu buduće zaostavštine. Dakle, ovaj instrument raspolaganja budućim nasljedstvom nesporno doprinosi široj autonomiji volje u pogledu raspolaganja imovinom za slučaj smrti, a samim tim i zaveštajnoj slobodi, pre svega kroz derogiranje pravila nužnog nasleđivanja.

Rizik od narušavanja principa ravnopravnosti, odnosno diskriminacije po različitim osnovama koja nisu u vezi sa suštinom ustanove nasleđivanja, kao i favorizovanje nekog od nasljednika po bilo kom osnovu, svakako postoji i kod drugih instrumenata raspolaganja imovinom kojima sa poredno ili neposredno oblikuju naslednopravne posledice smrti nekog lica (zaveštanje, ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života, ugovor o doživotnom izdržavanju i dr.). Istovremeno, favorizovanje određenih nasljednika kao argument protiv ovog ugovora može ići u prilog njegovog normiranja. Naime, okolnosti, a često i vrsta imovine u pitanju nalažu nejednak tretman nasljednika. Tako, na primer, budući ostavilac često ima potrebu za favorizovanjem pojedinih kategorija nasljednika, npr. potomka sa posebnim potrebama, ili pak deteta iz prethodnog braka ili potomka koji se smatra najsposobnijim za nastavljanje porodičnog biznisa. U tom cilju praksa stvara nove instrumente raspolaganja imovinom koji bi doprineli široj autonomiji volje za slučaj smrti i osigurali jednostavnije, efikasnije i sigurnije planiranje nasleđivanja. Ugovor o odricanju od budućeg nasleđa je nesumnjivo usmeren ka tom cilju, bilo da se javlja u svom izvornom obliku (poput *Erbverciht-a* u Nemačkoj, *attribution préférentielle* u Francuskoj), bilo da se javlja kao sastavni element specifičnih modaliteta raspolaganja imovinom (kao što *patto di famiglia* u italijanskom, *accord successoral mutuel* u pravu Španije).

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA: UGOVOR O ODRICANJU OD BUDUĆEG NASLEDSTVA *DE LEGE FERENDA*

Uvođenjem negativnih naslednopravnih ugovora u pomenute pravne sisteme, ne samo da se proširuje autonomija budućeg ostavioca u planiranju nasleđivanja već i autonomija nasljednika. Derogiranjem pravila o nužnom nasleđivanju

u određenom obimu, omogućava se uređivanje naslednopravnih posledica smrti na mnogo fleksibilniji način, u skladu sa stvarnom voljom disponenta kao i stvarnim potrebama članova porodice. Iz tih razloga smatramo da je reintegracija ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva u srpsko nasledno pravo poželjna, pre svega sa stanovišta ostvarivanja šire autonomije volje *mortis causa*.

Po ugledu na zakonodavna rešenja zemalja u okruženju, smatramo da bi pravo odricanja od budućeg nasleđa trebalo priznati potomcima u odnosu na pretke, i supružnicima međusobno, bilo da se odriču svog budućeg naslednog prava kao potencijalni zakonski ili nužni naslednici. Kao opravdanje ovako definisanog kruga lica za koje bi bio rezervisan ugovor o odricanju od budućeg nasljedstva može se navesti činjenica da je raspodela zaostavštine najčešća između ovih naslednika.³⁷ Po ugledu na belgijsko pravo, trebalo bi predvideti mogućnost odricanja jednog supružnika od budućih naslednih prava koje bi imao prema drugom supružniku, u korist njegove dece iz prethodne bračne ili vanbračne zajednice, što bi moglo biti pravno uobličeno kao posebna vrsta ugovora o anticiparnom odricanju od nasleđa. Naslednopravne posledice odricanja bi se ogledale u nemogućnosti isticanja prava na zakonski i nužni deo, osim ukoliko nije ugovorom drugačije predviđeno (da se odricanje odnosi samo na nužni ili samo na zakonski nasledni deo). U slučaju da je prethodno zaveštanjem raspolagano u korist lica koje se odriče budućeg nasljedstva, od strane lica sa kojim se ugovor o odricanju zaključuje, treba uzeti da se odricanje odnosi i na koristi iz tog zaveštanja, što ne bi trebalo da važi u slučaju docnijeg zaveštajnog raspolaganja. Dakle, sporazum o odricanju od budućeg nasljedstva, bez obzira na osnov sticanja budućih naslednih prava na koje se odricanje odnosi, imao bi za posledicu lišenje lica koja se odriče od prava da zahteva nužni deo, u slučaju da naknadnim zaveštajnim raspolaganjem saugovarača ovo lice bude izostavljeno. Na taj način se uvećava raspoloživi deo zaostavštine za onaj udeo koji bi na ime nužnog dela bio rezervisan za lice koje se odriče. Odricanje treba da važi i za potomke onoga koji se odriče, ukoliko ugovorom nije drugačije predviđeno.

Ovaj ugovor treba predvideti i kao teretan i kao dobročin pravni posao. Za njegov punovažan nastanak, pored opštih pretpostavki za punovažnost pravnog posla, treba predvideti formu notarski potvrđene isprave kao konstitutivnog elementa forme. Kako je reč o ugovornom raspolaganju, mogućnost jednostranog raskida ili izmene ne bi bila moguća, već samo sporazumno. Otuda, u prilog pravne sigurnosti, kao važan elemenat forme treba predvideti obavezu ovlašćenog lica da ugovorne strane upozori na pravna dejstva ugovora, posebno u pogledu ostvarivanja prava na zakonski i nužni deo.

³⁷ V. N. Stojanović, op. cit., 359.

Ovakav predlog koncepta ugovornog nasleđivanja *de lege ferenda* bio bi usklađen sa svrhom instituta ugovora o odricanju od budućeg nasledstva, kao fleksibilnog instrumenta planiranja nasleđivanja koji prvenstveno treba da odgovara potrebama pravnog prometa i da doprinose široj autonomiji volje u raspolaganju zaostavštinom.

Krajnji zaključak bi bio da je napuštanje paradigme o testamentarnoj slobodi kao jedinom izrazu autonomije volje za slučaj smrti neophodno. Ugovornu i zaveštajnu slobodu treba posmatrati ne u odnosu suprotstavljenosti, već kao lice i naličje istog principa – principa autonomije volje. U takvom komplementarnom odnosu, ugovorne i testamentarne slobode i pojedini naslednopravni ugovori kao što je ugovor o odricanju od budućeg nasledstva, dobijaju jednu novu dimenziju koja opravdava njegovo normiranje, kao novog instrumenta imovinskog raspolaganja kojim se afirmiše pre svega privatnopravna autonomija u domenu nasleđivanja.

Dr. TAMARA ĐURĐIĆ MILOŠEVIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

CONTRACT ON WAIVING FUTURE INHERITANCE

Summary

The question of contractual disposition of the inheritance is in the center of the debate of modern legal doctrine due to the absolutist concept of freedom of testation, and non-compliance with the basic principles of testamentary law which are taken as the basis of disposition in case of death. Namely, in certain legal systems where the last will is the only instrument of mortis causa disposal, the freedom of testation is equated with the private autonomy in the case of death. On the other hand, there are legal systems that, apart from the last will, also recognize other instruments for the consensual regulation of the inheritance consequences of death, such as inheritance contracts, which also include the contract on renouncing future inheritance. This contract is prohibited in Serbian law, and the question arises whether its introduction *de lege ferenda* would be justified from the point of view of the implementation of broader private law autonomy in the case of death, as well as from the perspective of the basic principles of our inheritance law.

Key words: private law autonomy, inheritance contracts, contract on waving future inheritance

Literatura

- Antić O., Balinovac Z., *Komentar zakona o nasleđivanju*, Nomos, Beograd, 1996.
Antić O., *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
Blagojević B., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1983.
Blagojević B., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Savremena administracija, Beograd, 1983.

- Bonomi A., „Balancing Party Autonomy – the Protection of Family Members“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives* (ed. by E. Arroyo Amayuelas M. Anderson), Groningen: European Studies in Private Law, 2011.
- Braun A., „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Refelctions on Recent Reforms in France, Belgium and Italy“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, br. 3, 2012.
- Brox H., *Grundprinzipen-Erbrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2004.
- Burandt W., Rojahn D., *Erbrecht*, München, 2011.
- Đorđević A., *Nasledno pravo u Kraljevini Srbiji*, Štamparija Savića i Kompanije, Beograd, 1903.
- Đurđić T., „Zakonske granice slobode imenovanja naslednika“, *Okrugli sto, Dvadeset godina Zakona o nasleđivanju Republike Srbije* (ur. Nataša Stojanović, Novak Krstić), Niš, 2016.
- Gavella N., Belaj V., *Nasledno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
- Hrvatini B., „Nasljednopravni ugovori“, *Nasljednopravno uređenje*, Narodne novine, Zagreb, 2003.
- Ivančić-Kačer B., Perkušić A., „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori ili ugovori naslednog prava ili paranasljedniugovori u hrvatskom pozitivnom pravu“, *Pravni vjesnik*, br. 1–2, 2006.
- Lange K. W., Kuchinke K., *Erbrecht*, München: C. H. Beck. 2001.
- Leipold D., *Erbrecht – Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- Marković S., *Nasledno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981.
- Petrović Z., „Nasljedno-pravni ugovori“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 7–8, 1990.
- Stojanović N., „Naslednopravni ugovori u budućoj kodifikaciji građanskog prava“, *Građanska kodifikacija – Civil codification*, Pravni fakultet, Niš, 2003.
- Svorcan S., *Nasledno pravo*, Pravni fakultetu Kragujevcu, Kragujevac, 2009.
- Živojinović D., „Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2000.

EMILIJA KOSTIĆ

REGULATIVA POSTHUMNE OPLODNJE SA OSVRTOM NA NJENA NASLEDNOPRAVNA DEJSTVA

U fokusu analize su pitanja pravnog regulisanja posthumne oplodnje u državama Evrope i Sjedinjenim Američkim Državama i naslednih prava začete i rođene dece putem ove procedure. Radi ilustracije i boljeg razumevanja navedenih pitanja, pruža se osvrt na relevantne primere iz sudske prakse. Takođe, razmatraju se i interesi za sprovođenje ovog vida prokreacije, u cilju ocene (ne)opravdanosti njegove primene. U zaključku, autor pokušava da pronađe i predloži neka moguća rešenja ovog, iako prilično kontroverznog, dakako, vrlo životnog pitanja.

Ključne reči: posthumna oplodnja, nasleđivanje, najbolji interes deteta

U V O D

Biomedicinski potpomognuta oplodnja (BMPO) omogućila je mnogim bračnim i vanbračnim parovima širom sveta da dobiju željeno potomstvo. Reč je o postupku koji je uneo revolucionarne promene u shvatanje prokreacije i roditeljstva. Postupku pri kojem se oplodnja žene obavlja bez seksualnog čina i postupku koji je omogućio da se mnogi parovi koji se bore sa sterilitetom ipak ostvare kao roditelji, što do pre samo pedesetak godina nije bilo moguće.¹

I dok se biomedicinski asistirana oplodnja živih roditelja prihvata kao nešto uobičajeno, polemika o tome da li bi trebalo dopustiti posthumnu oplodnju i dalje

Emilija Kostić, master pravnik, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: ekostic@jura.kg.ac.rs.

¹ Valja podsetiti da je prva uspešna vantelesna oplodnja postignuta 1978. godine.

je aktuelna. Pristalice posthumne oplodnje plediraju za njenu dozvolu pod geslom da „život nema konkurenciju“. Oponenti pak smatraju suprotno – da bi je valjalo zabraniti iz etičkih razloga.

Ovo dakako ne predstavlja samo teorijsko pitanje. U mnogim društvima situacije u kojima se rođenje deteta dogodi i nekoliko godina posle smrti jednog, a nekad i oba roditelja, odavno su realnost. Nužno je odrediti se povodom uređenja naslednopravnog položaja tako rođene dece. Neophodno je, u tom smislu, sagledati da li sve zemlje koje dopuštaju posthumnu prokreaciju predviđaju i mogućnost da tako rođena deca ostvare nasledna prava prema preminulom roditelju i njegovim srođnicima.

Budući da u našoj državi posthumna oplodnja nije dozvoljena, pravno nismo u obavezi urediti ovu sferu. To, međutim, ne znači da ne bi valjalo ispratiti sve ono što se u ovoj oblasti dešava u drugim državama. Upravo stoga, ovim rukopisom se želi pružiti prilog sagledavanjima ovog problema uz naročit naglasak na prihvaćene pravce njegovog rešavanja u pojedinim evropskim i američkim pravnim sistemima.

POJAM I MOGUĆI SLUČAJEVI POSTHUMNE OPLODNJE

U današnje vreme, kao rezultat brzog razvoja medicine i biotehnologije, omogućeno je začeće i rađanje dece nakon smrti jednog ili eventualno oba roditelja,² što je u doktrini obuhvaćeno pojmom posthumna oplodnja. S tim u vezi, važno je napomenuti da se proces usporavanja starenja reproduktivnih ćelija i embriona kroz njihovo zamrzavanje i očuvanje u laboratorijskim uslovima u biomedicini označava kao kriokonzervacija.³ Upravo zahvaljujući procesu kriokonzervacije, u kombinaciji s drugim metodama humane asistirane reprodukcije, stvorene su pretpostavke za obavljanje postupka posthumne prokreacije.

Posthumna oplodnja podrazumeva više slučajeva, odnosno scenarija, koji se mogu različito sagledati u zavisnosti od: 1) momenta zamrzavanja reproduktivnog materijala biološkog roditelja, odnosno bioloških roditelja; 2) postojanja saglasnosti umrlog roditelja za uzimanje njegovih reproduktivnih ćelija.⁴

² Jelena Vidić, „Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2011, Novi Sad, 2011, 553–554.

³ Veljko Vlašković, „Pravni značaj biomedicinske usluge čuvanja reproduktivnih ćelija maloletnog lica“, *Zbornik radova „Usluge i prava korisnika“*, Kragujevac, 2020, 452.

⁴ Veljko Vlašković, „Osvrt na biomedicinsku uslugu posthumnog začeća kao izraza reproduktivne autonomije“, *Zbornik radova „Usluge i uslužna pravila“*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016, 578.

Tako, u zavisnosti od momenta zamrzavanja, možemo razgraničiti onu situaciju kada se gameti, odnosno rani embrion, kriokonzerviraju za života jednog lica sa namerom da do oplodnje, odnosno implantacije embriona, dođe nakon smrti jednog ili oba genetska roditelja; i onu kada se reproduktivne ćelije uzimaju neposredno nakon smrti partnera i tek nakon toga zamrzavaju.⁵ Potonji vid posthumne oplodnje podrazumeva, po pravilu, uzimanje semenih ćelija neposredno po smrti muškarca po zahtevu nadživelog ženskog partnera.⁶

Zavisno od toga da li postoji saglasnost umrlog roditelja za uzimanje njegovih reproduktivnih ćelija, možemo razlikovati tri situacije: kada je navedeno lice prethodno izričito dalo saglasnost, kada se prećutno saglasilo ili kada se iz konkretnih okolnosti ne može zaključiti da je pristalo na uzimanje svojih gameta u cilju posthumnog začeća. Samo prvi vid oplodnje nakon smrti genetskog roditelja ima zasigurno svoje puno opravdanje, jer se samo u tom slučaju podrazumeva ostvarenje reproduktivne autonomije u istinskom smislu.⁷

S tim u vezi, zanimljivim se čini slučaj *Hecht v. Superior Court*. Naime, Elen Heht i Vilijam Kejn živeli su pet godina u vanbračnoj zajednici. Pre svoje smrti, vanbračni partner deponovao je sopstvene semene ćelije u banku sperme u Kaliforniji. Nešto kasnije, izvršio je samoubistvo. U svom testamentu zahtevao je da njegova partnerka iskoristi ostavljeni genetski materijal kako bi rodila njegovo dete. No, imao je već dvoje dece iz prethodnog braka koja su se protivila tome, jer su smatrala da bi to dovelo do uznemiravanja porodičnih odnosa, emocionalnih i psiholoških stresova. Budući da je banka sperme odbila da joj preda zamrznuti materijal, Elen Heht je, tako, bila primorana da zatraži sudsku zaštitu. Prvostepeni sud doneo je odluku koja je bila suprotna volji ostavioca. No, apelacioni sud je odluku preinačio u korist neudate žene i dozvolio vantelesnu oplodnju spermom njenog umrlog partnera, ističući, pritom, da genetski materijal predstavlja poseban oblik imovine, da način njegove upotrebe isključivo zavisi od volje osobe od koje potiče i da je zaštita osnovnog prava na rađanje deteta snažnija od brige za psihološku bol koju bi eventualno mogla doživeti deca ostavioca iz prethodnog braka.⁸

S druge strane, povodom onih slučajeva kada ne postoji prethodno pružena saglasnost za posthumnu upotrebu oplodnih ćelija, odnosno embriona – ne postoji jedinstven stav doktrine o tome da li bi preživelim partneru trebalo omogućiti nastavak postupka ili ne. Ukoliko se takav postupak ne bi dozvolio, opet, ostaje pitanje

⁵ V. Vlašković (2016), op. cit., 578.

⁶ V. fn. 19.

⁷ V. Vlašković (2016), op. cit., 578–579.

⁸ J. Vidić, op. cit., 554–555.

ko bi onda imao pravo da odluči o njihovoj sudbini.⁹ Po pravilu, u pitanju su one situacije pri kojima je biomedicinskim postupcima prethodno zamrznut reproduktivni materijal bračnih ili vanbračnih partnera, ali se oni nisu izričito izjasnili povodom moguće upotrebe gameta u cilju posthumne oplodnje. Priznavanje prava na posthumno začeće nadživlom partneru u ovakvim slučajevima neminovno bi značilo favorizovanje interesa nadživelog naspram reproduktivne autonomije umrlog. Štaviše, odsustvo izričitog pristanka na posthumnu oplodnju lica koje je dalo svoje reproduktivne ćelije ukazuje na to da se u ovakvim slučajevima teško može govoriti o reproduktivnoj autonomiji umrlog.¹⁰

Za ilustraciju, interesantnim se čini slučaj *Parpalaix v. CECOS* iz francuske sudske prakse (koji se, neretko, smatra začetkom tzv. ere posthumne oplodnje). Ovaj slučaj, u vreme kada se o njemu odlučivalo, davne 1981. godine, privukao je veliku pažnju ne samo francuske javnosti. Naime, Alenu Parpaleu, dvadesetčetvorogodišnjem mladiću, lekari su dijagnostifikovali rak testisa. Pre nego što se podvrgao hemoterapiji, deponovao je sperm u *Centre d'Etude et de Conservation du Sperme* (CECOS), ali nije ostavio uputstva o tome kako bi njegov semeni materijal trebalo da se koristi nakon njegove smrti. U to vreme, živio je u vanbračnoj zajednici sa Korin Ričard, sa kojom se, kasnije, kada se njegovo stanje pogoršalo, i oženio na bolničkoj ceremoniji. Dva dana nakon venčanja, Alen je preminuo. Korin je kasnije zatražila da joj se preda sperma pokojnog supruga kako bi mogla da obavi vantelesnu oplodnju. Međutim, CECOS je odbio da ispuni njen zahtev budući da nisu ostavljena uputstva o raspolaganju ostavljenim materijalom, pravdajući se time da ispunjenje bilo kakve ugovorne obaveze duguje samo Alenu. Sud je odbio da primeni principe ugovora na slučaj, opisujući sperm kao „seme života... povezano sa fundamentalnom slobodom čoveka da začne dete“. Odluka je, tako, bila doneta u njenu korist, jer je sud ocenio da je Alenova namera bila da ona rodi njegovo dete.¹¹

Ipak, najviše kontroverzi pratilo je one slučajeve u kojima se zahtevalo uzimanje ćelija radi oplodjenja nakon smrti partnera ili u slučaju njene izvesnosti. Čini se nemoralnim, pa samim tim i neprihvatljivim raditi bilo šta na osobi koja nije više

⁹ Sandra Samardžić, „Porodičnopravni aspekt posthumne oplodnje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2013, Novi Sad, 2013, 391.

¹⁰ V. Vlašković (2016), op. cit., 581.

¹¹ Christopher A. Scharman, „Not Without My Father: The Legal Status of the Posthumously Conceived Child“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, 2002, 1014. Premda je ovakvom odlukom ostavljena sloboda supruzi da posthumno začne dete koristeći se genetskim materijalom svog preminulog supružnika, procedura oplodnje na kraju nije uspeła, jer je količina sperme bila premala i izrazito lošeg kvaliteta. V. više: *ibid.*

među živima, ukoliko ne postoji njen pristanak dat za života. Ipak, to nije sprečilo brojna lica da se i bez postojanja takve saglasnosti obrate sudovima, čak i da dobiju pozitivan konačni ishod.¹²

Slučaj Dajane Blad (Diana Blood) privukao je 1997. godine veliku pažnju britanske javnosti. Nakon pet godina zajedničkog života njen suprug se razboleo od meningitisa. Nakon toga zapao je u komu. Nedugo pre njegove smrti, gospođa Blad je obezbedila uzorke njegovih semenih ćelija metodom elektroejakulacije za kasniju upotrebu. Međutim, kada je, nakon njegove smrti, želela iste da upotrebi za vantelesnu oplodnju, nije dobila dozvolu po Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine, jer je za posthumnu oplodnju neophodan bio pristanak njenog supruga, koji ona nije posedovala. Iako je njen zahtev odbila Agencija za humanu fertilizaciju i embriologiju, gospođa Blad nije odustala već je svoju borbu nastavila pred britanskim pravosuđem. Njena upornost se, na kraju, ipak isplatila jer joj je sud dozvolio da preuzme semene ćelije muža pod uslovom da vantelesnu oplodnju obavi u drugoj državi.¹³

Posthumna oplodnja pomera, dakle, granice fertile sposobnosti pojedinca ne samo na vreme nakon prestanka njegove reproduktivne moći, već i nakon okončanja njegove fizičke egzistencije. Upravo ono što se uz njenu pomoć postiže, među pravnicima i etičarima, ali i lekarima, izaziva pojačan oprez, dok je u stručnoj literaturi predmet brojnih rasprava sa dijametralno suprotnim stavovima.¹⁴ Iz ugla pravne nauke, posthumna oplodnja otvara čitav niz pitanja koja u izvesnoj meri redefinišu uobičajene poglede na brak, roditeljstvo i nasleđivanje. Čini se da je među otvorenima i da li bi određene vidove postmortalne inseminacije trebalo dozvoliti i, ako bi odgovor na to pitanje bio potvrđan – koje od njih, i na koji način regulisati njihova pravna dejstva?¹⁵

Interes(i) za obavljanje postupka posthumne oplodnje

Prilikom sagledavanja procesa posthumne oplodnje i odlučivanja o eventualnoj dozvoli ili zabrani, potrebno je analizirati interese tri različita lica. Prvo, valjalo bi

¹² S. Samardžić, op. cit., 393.

¹³ Sally Sheldon, „Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies“, *The Modern Law Review Limited*, Vol. 68, No. 4, 2005, 537. Gospođa Blad je, na kraju, dobila dozvolu da spermu prenese u Belgiju, gde ju je iskoristila za začecje dva sina (v. *ibid*).

¹⁴ Dragica Živojinović, „Posthumno začecje u evropskim pravima i novom srpskom zakonodavstvu“, *Zbornik radova „XXI vek – vek usluga i uslužnog prava“*, Kragujevac, 2018, 251.

¹⁵ Jelena Vidić-Trninić, Novak Krstić, „Naslednopravne posledice rođenja deteta začetog biomedicinski potpomognutom oplodnjom“, *Pravni život*, br. 10/2014, Beograd, 2014, 536.

razmotriti interes onog lica od kojeg genetski materijal potiče (uzeti u obzir poštovanje njegove autonomije i želje za stvaranjem potomstva). Potom, trebalo bi razmotriti interes preživelog partnera da dobije dete sa licem sa kojim je bio u bračnoj ili vanbračnoj zajednici. Na kraju, ne i najmanje važno, ostaje i pitanje da li konkretan postupak može ugroziti interese ovako rođenog deteta, odnosno njegova prava.¹⁶

Tako, kada je u pitanju poštovanje autonomije lica od kojeg potiče genetski materijal, od pomenutih više scenarija, čini se da bi takav postupak trebalo dopustiti u onoj situaciji u kojoj postoji njegov jasan i nedvosmislen pristanak za posthumnu upotrebu zamrznutog genetskog materijala,¹⁷ budući da samo u tom slučaju možemo govoriti o sigurnom postojanju autonomije. U pogledu interesa preživelog supružnika, veoma je važno utvrditi njegove motive. Naime, vrlo često, oni, u tako rođenoj deci, mogu videti zamenu, odnosno popunjavanje praznine koja je nastupila nakon smrti njihovog partnera. Iz tog razloga, od velike je važnosti predvideti obavezno psihosocijalno savetovanje koje će obezbediti da deca budu rođena iz pravih (i zdravih) pobuda.¹⁸

Najvažnije, međutim, jeste sagledavanje interesa i prava ovako rođenog deteta. Zanimljivo je da se neki sudovi, u cilju opravdanja ovakvih postupaka, upravo pozivaju na najbolji interes deteta. O tome svedoči jedan slučaj iz australijske pravosudne prakse, *Re H, AE (No 2)* iz 2012. godine. Dvadesetjednogodišnja žena, čiji je suprug nastradao u saobraćajnoj nesreći, podnela je zahtev sudu, neposredno nakon njegove smrti, da lekari uzmu njegove semene ćelije. Sud je odobrio zahtev zbog hitnosti situacije, pod uslovom da se sperma ne koristi u bilo koju svrhu bez drugog naloga suda. Pet meseci po smrti muža, udovica je tražila od suda da joj dozvoli korišćenje zamrznutih polnih ćelija supruga za potrebe začeća. Sud je doneo pozitivnu odluku, uzimajući u obzir dobrobit i najbolji interes deteta kao i lična svojstva preživеле supruge i podršku šire porodice koja će dodatno obezbediti da dete dobije potrebnu materijalnu podršku.¹⁹

U slučaju posmrtno inseminacije ipak ostaje sporno da li će najbolji interes deteta zaista moći da se ostvari? Jer dete će onda rasti u monoparentalnoj porodici, lišeno jednog roditelja. S druge strane, upitno je i kako će dete prihvatiti istinu

¹⁶ Sandra Samardžić, *Prava deteta u oblasti medicinski asistirane reprodukcije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, 114.

¹⁷ S. Samardžić (2013), op. cit., 401.

¹⁸ *Ibidem*, 396.

¹⁹ V. Maya Sabatello, „Posthumously Conceived Child: An International and Human Rights Perspective“, *Journal of Law and Health*, 1/2014, 49–50; V. Vlašković (2016), op. cit., 583.

da je začeto posthumno, tačnije posle smrti oca. Hoće li ova činjenica ostaviti moguće neželjene posledice na njegov psihološki razvoj? Da li će se osećati manje vredno? Kako će se sve to odraziti na njegov emotivni život? Saznanje deteta da je začeto i rođeno nakon smrti svog genetskog roditelja ne čini se baš najprijatnijom istinom. Ona bi mogla kod njega izazvati emotivni i psihički šok, osećaj da je promašeno, drugačije, da je neka vrsta zamene za preminulog partnera, itd.²⁰ Brojni antropolozi, psiholozi, lekari i pravnici ocenjuju da dete ima potrebu za ocem i majkom, da ima dva roditelja, a ne (samo) dva genitora.²¹ Imajući u vidu baš najbolji interes deteta, koji, kod posthumnog oplođenja, ne bi mogao da bude ostvaren u svom punom obimu, čini se da ipak ne bi trebalo dozvoliti ovakav vid prokreacije.

REGULATIVA POSTHUMNE OPLODNJE U EVROPSKIM ZEMLJAMA I SAD

Posthumna oplodnja u pravu Republike Srbije

Zakonom o biomedicinski potpomognutoj oplodnji iz 2017. godine²² propisano je da je u postupku BMPO dozvoljeno upotrebljavati reproduktivne ćelije, odnosno embrione davalaca koji su živi.²³ Takođe, predviđeno je da se pismeni pristanak svih lica koja se podvrgavaju postupku BMPO daje posebno za svako izvođenje BMPO.²⁴ Time je otklonjena svaka dilema u pogledu primene postmortalne oplodnje u našem pravnom sistemu. Na taj način, Srbija se svrstala u krug onih zemalja koje ne dozvoljavaju ovakav vid prokreacije.

Isključenjem mogućnosti primene postupaka BMPO za posthumno začeće deteta, nije teško zaključiti da, zapravo, normativno sledimo sopstveno kulturološko poimanje prokreacije. Opredeljenje našeg zakonodavca, opet, u skladu je sa Konvencijom o pravima deteta kojom je identifikovano njegovo pravo da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje. Život svakako nema konkurenciju, ali ne sme se izgubiti iz vida ni potreba deteta da ima oba roditelja, da bude čuvano, vaspitavano i izdržavano od oba svoja roditelja. To u slučaju posthumnog začeća,

²⁰ D. Živojinović, op. cit., 257–258.

²¹ Zoran Ponjavić, „Pravo na slobodno roditeljstvo“, *Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu* 1991/1992, Kragujevac, 1992, 72.

²² Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji – ZBMPO, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017 – dr. zakon.

²³ Čl. 41 ZBMPO.

²⁴ Čl. 27. st. 1–2 ZBMPO.

nažalost, nije moguće.²⁵ Potrebno je, dakle, pre svega voditi računa o najboljem interesu deteta, koji se može ostvariti samo u biparentalnoj porodici koja je za dete najpoželjnije okruženje. O tome je vodio računa i domaći zakonodavac, s obzirom na to da u aktuelnim zakonskim propisima posthumnu oplodnju uopšte ne pominje. Kada bi posthumna oplodnja bila dozvoljena važećom normativom, tako začeta i rođena deca ne bi se mogla javiti kao naslednici svog preminulog, iako genetskog, roditelja.²⁶

Za razliku od aktuelnih zakonskih rešenja, pojedine odredbe Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja iz 2009. godine,²⁷ u vezi sa posthumnom oplodnjom, često su se ocenjivale kao neprecizne. Njihovo tumačenje izazivalo je određene nedoumice. Naime, ovim zakonskim aktom bilo je predviđeno to da pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO imaju punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac koji vode zajednički život, odnosno supružnici i vanbračni partneri.²⁸ Uslov je bio, dakle, postojanje zajednice života u vreme otpočinjanja postupka BMPO. Tumačenjem bi se moglo zaključiti da je posthumna oplodnja zabranjena. Međutim, u delu Zakona koji se odnosio na postupanje sa polnim ćelijama i embrionima donora bilo je predviđeno da je osoba od koje potiču reproduktivne ćelije mogla dati pismenu saglasnost za upotrebu njenih ćelija posle smrti.²⁹ Zbog toga je ovaj zakon opravdano bio izložen kritici i neretko ocenjivan kao nejasan i kontradiktoran. Ova nelogičnost je novim Zakonom o biomedicinski potpomognutoj oplodnji izbegnuta.

Posthumna oplodnja u evropskim zemljama

Pravni sistemi evropskih zemalja različito se odnose prema pitanju posthumne oplodnje. U manjem broju evropskih država ovakav vid prokreacije je dozvoljen. U drugima je pak izričito zabranjen ili uopšte nije zakonski regulisan.

Tamo gde je dozvoljena, posthumna oplodnja uslovljena je najčešće pristankom na ovu vrstu oplodnje davaoca genetskog materijala. Uz ovaj zahtev, u nekim državama zakonski je nametnut i uslov da se posthumna oplodnja mora obaviti

²⁵ D. Živojinović, op. cit., 257.

²⁶ V. čl. 3. st. 1–2 Zakona o nasleđivanju – ZN, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

²⁷ Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja – ZLN, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

²⁸ V. čl. 26. st. 1 ZLN.

²⁹ Čl. 53. st. 3 u vezi sa čl. 58. st. 4 ZLN.

u određenom roku. U pojedinim pravnim sistemima, na adekvatan način nisu ni uređena pitanja naslednopravnog statusa deteta začetog ovakvim postupkom. Od evropskih zemalja koje dozvoljavaju ovakav vid reprodukcije, pored ostalih, to su: Belgija, Grčka, Velika Britanija, Holandija, Španija, Makedonija; dok ga zabranjuju: Estonija, Finska, Nemačka, Švedska, Italija, Mađarska, Francuska, Rumunija, Austrija itd.³⁰

Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije iz 2008. godine dozvolio je oplodnju *post mortem* i precizno regulisao pod kojim uslovima se suprug ili vanbračni partner mogu smatrati ocem deteta. Pre donošenja ovog zakona, posthumna inseminacija nije bila zabranjena, ali je Zakonom iz 1990. godine bilo predviđeno da se u tom slučaju muškarac posle čije je smrti izvršena inseminacija njegovim semenim ćelijama (ili ako je implantiran embrion nastao iz njegove sperme) neće smatrati ocem deteta. Odredba je uneta po preporuci Vornokovog (Warnock) izveštaja iz dva osnovna razloga – stoga da bi se osiguralo raspoređivanje imovine sa izvesnom dozom konačnosti i zato da bi se destimulisale fertilizacije posle smrti partnera zbog mogućih dubokih psiholoških problema deteta i majke. Navedenim zakonskim aktom iz 2008. godine ovakav stav je napušten.³¹

Španija dozvoljava postmortalnu oplodnju. Zakonom o tehnikama medicinski potpomognute oplodnje Španije iz 2006. godine predviđa se da nije moguće utvrđivanje očinstva, niti uspostavljanje bilo kakve druge pravne veze između deteta koje je začeto putem asistirane reprodukcije i umrlog muškarca ako genetski materijal tog muškarca nije bio implementiran u telo žene pre njegove smrti. Međutim, za utvrđivanje očinstva primenjivaće se ista pravila kao kada se radi o bračnom očinstvu, ukoliko je partner žene za života dao pristanak da njegov genetski materijal bude upotrebljen u roku od 12 meseci nakon njegove smrti.³² Mada navedene norme ne preciziraju da li treba budući zametak pravno treirati na isti način kao *nasciturus* u čl. 29 Građanskog zakonika Španije (i smatrati se začetim u vreme smrti ostavioca da bi mu bila priznata prava pod uslovom da se rodi živ) – to se, svakako, čini najispravnijim tumačenjem ove odredbe.³³

Holandski Zakon o embrionima iz 2002. godine posthumnu oplodnju čini mogućom. Normira se kao pravilo da se zamrznuti embrion više ne čuva ako je

³⁰ D. Živojinović, op. cit., 252–253.

³¹ Gordana Kovaček-Stanić, „Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 131/2010, Novi Sad, 2010, 427.

³² J. Vidić, op. cit., 560.

³³ Maja Čolaković, „Nasljednopravni status *nascitura*“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 11, Mostar, 2013, 300.

donor sperme ili jajne ćelije preminuo. No, ako su te osobe za života sačinile pismenu izjavu o upotrebi njihovih gameta ili embriona, onda se oni mogu dalje čuvati i iskoristiti za posthumnu reprodukciju.³⁴ Budući da Građanski zakonik Holandije priznaje ostvarenje pravnih interesa začetog deteta pod uslovom da bude živo rođeno, iz tumačenja njegovih odredaba proizlazi da postmortalno začeto dete ne bi moglo ostvariti pravo nasleđivanja.³⁵

Belgija, takođe, spada u onu grupu evropskih zemalja koje dopuštaju posthumnu oplodnju. Prema Zakonu o medicinski asistiranoj reprodukciji i raspolažanju suvišnim embrionima i gametima iz 2007. godine, embrioni mogu biti upotrebljeni nakon smrti jednog od partnera onda kada su oba partnera u ugovoru izričito pristala na posthumnu oplodnju. Ovaj postupak ne bi smeo biti izvršen pre isteka roka od šest meseci nakon smrti, niti nakon isteka roka od dve godine. Sem toga, dozvoljava se i posthumna oplodnja zamrznutim gametima, u istom periodu koji je normiran i za upotrebu embriona.³⁶

U pravnom sistemu Grčke postmortalna oplodnja bračne ili vanbračne partnerke dozvoljena je samo onda kada su ispunjene dve pretpostavke: prvo, da je njen partner pre smrti oboleo od bolesti koja je bila praćena velikom izvesnošću njegovog steriliteta ili da je postojala velika izvesnost da će od te bolesti nastupiti mortalitet; drugo, da se partner, u formi notarske isprave, već saglasio s ovom vrstom oplodnje. Rok za izvođenje oplodnje jednak je onom u belgijskom pravu, a opravdava se zaštitom žene od preuranjenog donošenja takve odluke, s jedne strane, i zaštitom ostalih srodnika – potencijalnih naslednika od predugog čekanja na ostvarenje njihovog prava na nasleđe, s druge strane.³⁷

Od država sa prostora bivše SFRJ, samo Severna Makedonija izričito dozvoljava posthumnu oplodnju. Njihovo zakonsko rešenje predviđa da muškarac i žena, kod kojih postoji opasnost od neplodnosti iz zdravstvenih razloga, mogu u ovlašćenoj zdravstvenoj ustanovi, uz pismenu saglasnost, da zamrzavanjem sačuvaju sopstveni reproduktivni materijal za sopstvenu upotrebu. U slučaju smrti muškarca, zamrznute oplodne ćelije moći će da se koriste za posthumnu oplodnju, pod uslovom da je za života data saglasnost u pismenoj formi. Oplodnja bi trebalo da se obavi u roku od godinu dana od njegove smrti. Ovome valja dodati i to da posthumno začeto dete nema pravo na nasleđivanje, jer je Zakonom o nasleđivanju

³⁴ D. Živojinović, „Nasledna prava posthumno začete dece“, *Pravni život*, br. 10/2005, Beograd, 2005, 707.

³⁵ M. Čolaković, op. cit., 299.

³⁶ J. Vidić, op. cit., 559–560.

³⁷ M. Čolaković, op. cit., 300.

predviđeno da nasljednik može biti samo ono lice koje je živo u momentu smrti ostavioca ili koje je bilo začeto za njegovog života.³⁸

Posthumna oplodnja u Sjedinjenim Američkim Državama

Na teritoriji SAD postmortalna oplodnja u većini saveznih država nije regulisana, niti je deci začetoj na taj način priznato pravo da naslede svog genetskog oca, odnosno da ostvare druga prava koja im pripadaju na osnovu roditeljskog odnosa s njim.³⁹ Prve smernice za uniformno rešavanje pitanja porodičnog statusa postmortalno začete dece pružio je federalni Zakon o jednoobraznom položaju dece začete medicinski potpomognutom oplodnjom iz 1989. godine. Njime je bilo propisano da osoba koja je umrla pre početka postupka medicinski potpomognute oplodnje nije pravni roditelj tako začetog deteta. Iz toga proizlazi da tom detetu ne pripada ni pravo nasleđivanja. Navedeni zakon zamenjen je Jednoobraznim zakonom o roditeljstvu iz 2000. (izmenjen 2002. godine), koji predviđa da lice koje se saglasilo da bude roditelj deteta rođenog uz pomoć medicinski potpomognute oplodnje neće steći takav status ako umre pre sprovođenja postupka začeća ili implantacije preembriona. Ipak, smatraće se roditeljem u slučaju da se izričito izjasnilo u prilog postmortalnoj oplodnji i svom roditeljstvu.⁴⁰

Određene smernice za rešavanje ovog pitanja bile su predviđene i Jednoobraznim zakonikom o ostavinskom postupku iz 1969. godine, naročito njegovim amandmanima iz 2010. godine koji su precizno definisali status deteta začetog posle smrti genetskog roditelja. Shodno tim odredbama, dete začeto posle smrti genetskog oca smatralo bi se njegovim detetom pod uslovom da je genetski otac pristao na postmortalnu oplodnju žene koja je rodila to dete i pritom iskazao saglasnost da bude tretiran kao njegov otac, kao i da dete mora biti začeto najkasnije 36 meseci nakon očeve smrti ili da dete bude rođeno najkasnije 45 meseci nakon tog događaja. Brojne savezne države nisu usvojile ovaj akt.⁴¹ Nekoliko saveznih država zakonom je uredilo pitanje prava nasleđivanja postmortalno začete dece, dok se u ostalima na to pitanje primenjuju pravila precedentnog prava.⁴²

³⁸ V. Dejan Micković, „Posthumnata reprodukcija i nasledoto pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(2), Zagreb, 2011, 538–541.

³⁹ M. Čolaković, op. cit., 302.

⁴⁰ M. Čolaković, Marko Bevanda, „Nasljedopravna dejstva postmortalne oplodnje“, *Zbornik radova sa Šestog međunarodnog naučnog skupa „Dani porodičnog prava“*, Mostar, 2018, 132.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

Među poznatim slučajevima u kojima je američko pravosuđe rešavalo o naslednim pravima posthumno začete dece posebno se izdvaja predmet *Woodward v. Commissioner of Social Security* iz 2002. godine. Ukratko, Loren Vudvord je zahtevala porodične beneficije iz socijalnog osiguranja za sebe, kao majku, i u ime svoje dvoje dece nakon smrti njenog muža. Sa suprugom Vorenom bila je u braku tri i po godine. Voren se iznenada razboleo od leukemije. Par je bio bez dece, a medicinski stručnjaci obavestili su ih da bi ga lečenje leukemije moglo učiniti sterilnim. On je stoga odlučio da sačuva svoje semene ćelije u klinici za plodnost pre podvrgavanja transplantaciji koštane srži. No, preminuo je nekoliko meseci potom, a njegova supruga ostala udovica bez dece. Dve godine kasnije, Loren je rodila bliznakinje korišćenjem njegove sperme za posthumnu oplodnju. U cilju ostvarenju svojih prava, Loren se obratila Upravi za socijalno osiguranje sa zahtevom da se odobre beneficije socijalnog osiguranja za nju, kao majku i za njene dve ćerke. Međutim, zahtev je bio odbijen. Loren se, nakon toga, obratila federalnom Administrativnom sudu, koji je, takođe, ocenio da deca ne mogu da se kvalifikuju za beneficije. Na kraju, Loren se žalila Okružnom sudu SAD za distrikt Masačusetsa, koji je ovo pitanje prepustio njihovoj vrhovnoj sudskoj instanci.⁴³ Vrhovni sud Masačusetsa naveo je u svojoj odluci da su u ovom slučaju sadržana tri značajna interesa: najbolji interes deteta, državni interes za urednom administracijom i efikasnom raspodelom imovine, kao i interes za ostvarenjem reproduktivnih prava preminulog bračnog druga. Sud je zaključio da dete začeto posthumnom oplodnjom može postati naslednik ukoliko je potencijalni roditelj – donor, jasno i nedvosmisleno pristao kako na posthumnu oplodnju, tako i na materijalnu podršku svoj budućoj deci.⁴⁴ S tim u vezi, sud je naglasio da posthumno začeta deca mogu nasledivati pod pretpostavkom ispunjenja tri uslova: (1) da se dokaže genetska veza sa ostaviocem; (2) da se pokaže da je pokojnik „potvrдно pristao“ na posthumno začeće; i (3) da se dokaže da je ostavilac pristao „na izdržavanje deteta koje je iz toga proizašlo“.⁴⁵ U vezi sa pitanjem najboljeg interesa deteta, sud je pružio i ocenu da bi i zakonodavstvo i sudska praksa trebalo da posvete posebnu brigu potrebi dece da uživaju ista prava (nezavisno od okolnosti njihovog rođenja), kao i da bi, kada god je to moguće, trebalo da se obezbedi izdržavanje dece od strane roditelja (nasuprot zavisnosti od socijalne pomoći).⁴⁶ Ova odluka se smatra značajnom, jer pokazuje da je sud došao do zaključka da deca, ipak, treba da budu naslednici, uprkos činjenici da je

⁴³ C. Scharman, op. cit., 1018–1019.

⁴⁴ J. Vidić, op. cit., 562–563.

⁴⁵ C. Scherman, op. cit., 1021.

⁴⁶ J. Vidić, op. cit., 562.

zakonodavac predvideo da se naslednicima mogu smatrati samo deca koja su začeta za života ostavioca i koja su rođena najkasnije 300 dana nakon njegove smrti.⁴⁷

U drugom slučaju, koji se činio vrednim prikazivanja, slučaju *Estate of Kolacy* iz 2000. godine pred Vrhovnim sudom Nju Džersija, vodila se rasprava o tome da li su bliznakinje začete *in vitro* fertilizacijom naslednice svoga oca, budući da su rođene 18 meseci nakon njegove smrti. Kao i u Masačusetsu, Zakonom Nju Džersija bilo je predviđeno da se kao naslednici mogu pojaviti samo lica koja su živa u momentu smrti ostavioca, ili ona koja su bila začeta za vreme života ostavioca i rođena 300 dana po njegovoj smrti. Sud je, na kraju, doneo odluku da bliznakinje mogu da budu naslednice ostavioca, s obzirom na to da su postojali jasni i nedvosmisleni dokazi da je Vilijam Kolasi bio njihov biološki otac i da se za života pisмено saglasio da bude otac deteta koje će se roditi posthumnom insemenacijom. Sud je u ovom slučaju ocenio da bi opšta namera zakonodavca da deca nasleđuju trebalo da ima prednost nad „restriktivnim, bukvalnim čitanjem zakona“.⁴⁸

ZAKLJUČAK

Postupak posthumne oplodnje dozvoljen je u nevelikom broju država. Zakonodavstva nekih od njih priznaju nasledna prava tako rođene dece, dok druga, opet, ne priznaju.

U pojedinim pravnim sistemima, onim koji dopuštaju ovakav model prokreacije, predviđen je poseban vremenski okvir u kome se posthumna insemenacija može obaviti. Zakon Španije, tako, predviđa da se posthumna oplodnja može izvršiti u roku od 12 meseci od smrti ostavioca genetskog materijala. Isto rešenje prihvatio je i severnomakedonski zakonodavac. U Belgiji je pak predviđeno da se oplodnja ne sme izvršiti pre šest meseci od smrti partnera, a da se može obaviti u roku od dve godine. Ovo se verovatno čini i najprihvatljivijim rešenjem za one sisteme koji su prihvatili i omogućili ovakav oblik oplodnje. Jer, pored ograničenja roka u kojem se posthumna oplodnja mora izvršiti, što se može opravdati zaštitom ostalih potencijalnih naslednika od predugog čekanja na ostvarenje njihovog prava na nasleđe, nameće se potreba, takođe, ostaviti i duži rok za razmišljanje, pre čijeg isteka ne bi trebalo pristupiti sprovođenju ovog postupka. Naime, postoje one situacije u kojima su supruge/partnerke preminulog koji je ostavio semene ćelije motivisane za njihovo iskorišćavanje samo kako bi sačuvale uspomenu na njega i ublažile trenutnu duševnu bol. Ukoliko bi postojao razuman rok za razmišljanje,

⁴⁷ D. Micković, op. cit., 532.

⁴⁸ *Ibidem*, 533–534.

ne kraći od šest meseci od smrti, postojala bi mogućnost i da one promene mišljenja i shvate da posthumna oplodnja nije rešenje koje će uvek pogodovati detetu (o samom saznanju deteta da je začeto posthumno i uticaju ove informacije na pravilan emotivni razvoj deteta možda ne vredi ni polemisati).

Jedno od onih spornih pitanja, koje normativno i dalje pretežno ostaje neuređeno, predstavlja i pitanje naslednopravnog statusa one dece koja su rođena posredstvom ovog vida oplodnje. Evidentno je da se posthumno začeta deca rađaju. Rešavanjem njihovog naslednopravnog statusa omogućila bi im se stabilnija materijalna osnova za pristojan život i razvoj. U onim sistemima u kojima je ovakav vid začeća omogućen, neophodno je da ona budu izjednačena s drugom decom u svojim pravima. Najprihvatljivije rešenje, u tom smislu, bilo bi proširivanje fikcije o *nasciturusu*.

EMILIJA KOSTIĆ, LL.M.
Teaching assistant, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE REGULATION OF POSTHUMOUS REPRODUCTION WITH REFERENCE ON ITS HEREDITARY LEGAL EFFECTS

Summary

This paper focuses on the issues regarding legal regulations of posthumous reproduction in the European countries and in the United States of America, as well as hereditary rights of children conceived and born through this process. In order to illustrate and offer a better understanding of the aforementioned issues, a review of relevant examples of case-law is provided. The interests for the implementation of this kind of procreation are also being considered, so as to evaluate the (un)justification of its application. In conclusion, the author aims at finding and proposing some possible solutions to this, although quite controversial, certainly vital issue.

Key words: posthumous reproduction, inheritance, the best interests of the child

Literatura

- Čolaković M., „Nasljednopravni status *nasciturusa*“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 11, Mostar, 2013.
- Čolaković M., Bevanda M.; „Nasljednopravna dejstva postmortalne oplodnje“, *Zbornik radova sa Šestog međunarodnog naučnog skupa „Dani porodičnog prava“*, Mostar, 2018.
- Kovaček-Stanić G., „Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja u pravu Srbije i evropskim pravima“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 131/2010, Novi Sad, 2010.

- Mickovik D., „Posthumnata reprodukcija i naslednoto pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61 (2), Zagreb, 2011.
- Ponjavić Z., „Pravo na slobodno roditeljstvo“, *Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu 1991/1992*, Kragujevac, 1992.
- Sabatello M., „Posthumously Conceived Child: An International and Human Rights Perspective“, *Journal of Law and Health*, 1/2014.
- Samardžić S., „Porodičnopravni aspekt posthumne oplodnje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2013, Novi Sad, 2013.
- Samardžić S., *Prava deteta u oblasti medicinski asistirane reprodukcije*, doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2018.
- Scharman C., „Not Without My Father: The Legal Status of the Posthumously Conceived Child“, *Vanderbild Law Review*, Vol. 55, 2002.
- Sheldon S., „Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies“, *The Modern Law Review Limited*, Vol. 68, No. 4, 2005.
- Vidić J., „Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2011, Novi Sad, 2011.
- Vidić-Trninić J., Krstić N., „Naslednopravne posledice rođenja deteta začetog biomedicinski potpomognutom oplodnjom“, *Pravni život*, br. 10/2014, Beograd, 2014.
- Vlašковиć V., „Pravni značaj biomedicinske usluge čuvanja reproduktivnih ćelija maloletnog lica“, *Zbornik radova „Usluge i prava korisnika“*, Kragujevac, 2020.
- Vlašковиć V., „Osvrt na biomedicinsku uslugu postumnog začeca kao izraza reproduktivne autonomije“, *Zbornik radova „Usluge i uslužna pravila“*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016.
- Živojinović D., „Nasledna prava posthumno začete dece“, *Pravni život*, br. 10/2005, Beograd, 2005.
- Živojinović D., „Posthumno začeca u evropskim pravima i novom srpskom zakonodavstvu“, *Zbornik radova „XXI vek – vek usluga i uslužnog prava“*, Kragujevac, 2018.

Ugovor i odgovornost za štetu

GORDANA JOVANOVIĆ

NESAGLASNOST VOLJE I IZJAVE VOLJE U JAVNOBELEŽNIČKOM POSTUPKU, SA POSEBNIM OSVRTOM NA PRIVIDNI UGOVOR I PREVARU

Tradicionalno, nastanak punovažnog ugovora podrazumeva da izjave volje ugovornih strana moraju da ispunjavaju određene uslove: svest o elementima preduzete radnje, nameru da se ugovor zaključi i postojanje ozbiljne, stvarne i slobodne volje za preduzimanje pravnog posla. Po pravilu, između volje i izjave volje postoji saglasnost, dok u određenim slučajevima te saglasnosti nema. Sa uvođenjem javnog beležništva u naš pravni život i pravosudni sistem i konstituisanjem beležničke nadležnosti u brojnim oblastima postavilo se i pitanje nesaglasnosti volje i izjave volje prilikom zaključenja ugovora u postupku pred javnim beležnikom. U radu se ukazuje na prednosti koje je javnobeležnička procedura donela u cilju otklanjanja ili ublažavanja dejstva nedostataka volje. Istovremeno se analiziraju i stari problemi koji u ovoj oblasti još uvek postoje, kao i novi koji su se pojavili sa novim pravilima. Prirodno, granice ovog rada ne omogućavaju dublju analizu svakog pitanja koji se u ovoj oblasti javlja, te je fokus na dva oblika nesaglasnosti volje i izjave volje-prividni ugovor i prevaru, i to samo u odnosu na ugovore koje se odnose na raspolaganje nepokretnostima, s tim što je posebno obrađena višestruka prodaja nepokretnosti, kao specifičan oblik prevare. Radi bolje preglednosti, najpre su analizirana najznačajnija obeležja svake od postojeće nesaglasnosti, a zatim specifičnosti njihovih pojavnih oblika, dejstava i posledica u javnobeležničkom postupku kada je u pitanju raspolaganje nepokretnostima.. Istovremeno je ukazano na najčešće dileme i načine njihovog prevazilaženja u praksi, te eventualne mogućnosti njihovog normativnog regulisanja i preciziranja.

Ključne reči: saglasnost volje i izjave, prividni ugovori, prevara, višestruka prodaja nepokretnosti, javni beležnici

Gordana Jovanović, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, javni beležnik iz Beograda, e-mail: beleznikgordanajovanovic@gmail.com.

SAGLASNOST VOLJE I IZJAVE VOLJE PRILIKOM
ZAKLJUČENJA UGOVORA U JAVNOBELEŽNIČKOM POSTUPKU

Po pravilu, prilikom zaključenja ugovora postoji sklad između unutrašnjeg akta volje i njenog spoljašnjeg izraza i to predstavlja njihov prirodni odnos.¹ Da bi se obezbedila ova saglasnost, neophodno je da izjava volje za zaključenje ugovora bude učinjena slobodno i ozbiljno, što je uslov koji je propisan i Zakonom.² Međutim, u određenim slučajevima dolazi do nesaglasnosti volje i izjave. Ta nesaglasnost se u literaturi naziva nedostaci³ ili mane volje.⁴

Istovremeno, ukoliko su u pitanju ugovori koji se overavaju pred javnim beležnikom, zakonom je izričito propisana obaveza i ovlašćenje javnog beležnika da odbije obavljanje službene radnje, ako raspolaže činjenicama da stranka nema ozbiljnu i slobodnu volju da zaključi određeni posao.⁵ Dakle, radi se o izuzetno važnom pitanju o kome se u javnobeležničkom postupku posebno mora voditi računa.

Samo ćemo ukratko podsetiti da u javnobeležničkom sistemu postoje tri najvažnije forme notarske isprave, koje se razlikuju po svom obliku, sadržini, dejstvu i postupku koji se primenjuje u zavisnosti od toga o kojoj formi se radi. To su javnobeležnički zapis, solemnizacija (potvrđivanje) privatne isprave i forma overene isprave. Javnobeležnički zapis je isprava o pravnim poslovima koju sačinjava javni beležnik.⁶ U tom smislu, javni beležnik je dužan da utvrdi pravu volju stranke, da njenu izjavu verno unese u ispravu, pazeći pri tom da volja stranke bude jasno izražena.⁷ Sam postupak podrazumeva nekoliko faza: pripremnu, u kojoj se utvrđuje identitet stranaka, eventualno drugih učesnika, proverava

¹ Friedrich Carl von Savigny, *Sistem des heutigen Römischen Rechts, Band III*, Berlin, 1904, 258.

² Član 28 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima-ZOO, *Sl.list SFRJ*, broj 29/78, 39/85, 45/89-odluka USJ i 57/89, *Sl.list SRJ*, br.31/93, *Sl.list SCG*, br.1/2003-Ustavna povelja i *Sl.glasnik RS*, br.18/2020. O slobodnoj i ozbiljnoj volji više u: Dragoljub Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1981, 156; Stojan Cigoj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (u redakciji prof.Blagojevića i prof.Krulja)*, Beograd, 1980, 185, govori da volja treba da bude slobodna i istinska.

³ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Band das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1965, 398.

⁴ S.Cigoj, op.cit, 185.

⁵ Član 53 stav 4 Zakona o javnom beležništvu-ZJB, *Službeni glasnik RS*, br.31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014-dr.zakon, 93/2014-dr.zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

⁶ Član 6 ZJB.

⁷ Član 171 st.2 Zakona o vanparničnom postupku-ZVP, *Sl.glasnik SRS*, br.25/82 i 48/88, *Sl.glasnik RS*, br.46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015 i 14/2022.

postojanje sposobnosti ugovaranja i prethodno utvrđuju sva pitanja koja se odnose na konkretan posao, fazu pismene redakcije pravnog posla, fazu rekognicije, odnosno priznavanja zapisa od strane stranaka i fazu potpisivanja od strane stranaka, drugih učesnika i samog javnog beležnika. Ako su pri sačinjavanju i izdavanju ispunjeni bitni uslovi forme i zakonitosti, takva isprava ima snagu javne isprave, a u slučajevima predviđenim zakonom i snagu izvršne ili verodostojne isprave.⁸ Forma solemnizovane isprave podrazumeva privatnu ispravu snabdevenu klauzulom o potvrđivanju (solemnizacionom klauzulom-potvrdom) javnog beležnika da je određeno lice u njegovom prisustvu svojeručno potpisalo ispravu i tom prilikom izjavilo da sadržina isprave verno i u svemu odražava njegovu volju.⁹ Potvrđivanju isprave prethodi procedura koja se skoro u potpunosti poklapa sa postupkom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa, odnosno razlikuje se samo po tome što izostaje faza pismene redakcije pravnog posla, dok u svemu ostalom između zapisa i solemnizacije nema suštinske razlike,¹⁰ a istovremeno svojstvo javne isprave nema samo solemnizaciona klauzula, već celokupna isprava.¹¹ Forma javno overene isprave podrazumeva privatnu ispravu koja je snabdevena klauzulom o overi potpisa, odnosno potvrdom javnog beležnika da je određeno lice u njegovom prisustvu potpisalo ispravu, odnosno potpis na ispravi priznalo kao svoj.¹² Za razliku od javnobeležničkog zapisa i solemnizacije, kod forme javno overene isprave, snagu javne isprave ima samo klauzula o overi potpisa.¹³ Sama isprava zadržava svojstvo privatne isprave, koja se ceni po opštem načelu slobodnog sudijskog uverenja.¹⁴

Ukoliko se navedeno ima u vidu, jasno je da obaveze koje javni beležnik ima nisu iste u zavisnosti o kojoj javnobeležničkoj formi se u konkretnom slučaju radi, ali je u svakom slučaju notar dužan da se pridržava opštih načela postupanja, od kojih se posebno ističu načelo savesnosti i poštenja i načelo poučavanja stranaka. U skladu sa tim ističe se i obaveza beležnika da vodi računa o postojanju saglasnosti između stvarne volje stranaka i njihovih izjava, posebno ako se ima u vidu

⁸ Čl. 7 ZJB.

⁹ Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014, 26.

¹⁰ Čl. 185 st. 2 ZVP izričito propisuje da se na postupak potvrđivanja isprava shodno primenjuju odredbe zakona o sastavljanju isprava.

¹¹ Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin/New York, 1996, 371, navedeno u D.Đurđević, 2014, 26.

¹² Čl. 5 st. 1 Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, *Sl.glasnik RS*, br.93/2014, 22/2015 i 87/2018.

¹³ Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009, 601.

¹⁴ Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB-Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002, 241.

da je najvažnija funkcija javnobeležničke procedure isprava koja će u potpunosti biti u saglasnosti sa imperativnim propisima i javnim poretkom, s jedne strane, te ciljevima stranaka i njihovom voljom, s druge strane, te koja će sprečiti ili svesti na minimum mogućnost različitog tumačenja i eventualnih budućih sporova.

Postoji više načina na koji se može izvršiti klasifikacija svih slučajeva koji obuhvataju nesaglasnosti volje i izjave volje, ali je, s obzirom na značaj koji nedostaci volje imaju u odnosu na postupanje javnih beležnika, najprihvatljivija podela na slučajeve svesne nesaglasnosti i slučajeve nesvesne nesaglasnosti volje i izjave.¹⁵

SVESNA NESAGLASNOST VOLJE I IZJAVE

U slučajeve svesne nesaglasnosti volje i izjave volje spadaju mentalna rezerva, neozbiljna (šaljiva) izjava volje, prividna izjava volje i prinudna izjava volje. Ako se imaju u vidu strogi zahtevi javnobeležničke forme i sadržine, kao i celokupna procedura sačinjavanja javnobeležničke isprave, to je mogućnost mentalne rezerve¹⁶ i neozbiljne izjave volje¹⁷ u postupku pred javnim beležnikom svedena na nivo statističke greške, pa se njima nećemo posebno baviti. Slučajevi izjave volje date pod uticajem prinude i pretnje se teoretski mogu pojaviti u javnobeležničkim postupcima i zaslužuju posebnu analizu, koju granice ovog rada ne omogućavaju, tako da ćemo se bliže pozabaviti prividnim ugovorom, kao tipičnim predstavnikom svesne nesaglasnosti volje i izjave volje.

Prividni ugovori

Prividnu izjavu volje naš zakonodavac reguliše kroz prividni ugovor.¹⁸ Prividni ugovor postoji onda kada su se ugovorne strane potajno saglasile da on bude prividan, odnosno da ne proizvede ono pravno dejstvo koje bi mu inače pripalo da

¹⁵ Prihvaćena npr., u Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 1978, 273, Andreas Tuhr, *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, zweiter Band erste Hälfte*, Berlin, 1957, 550.

¹⁶ Koji podrazumeva slučaj kada lice izjavljuje volju, a istovremeno se u sebi ogradi u tom smislu da ne želi pravne posledice koje iz te izjave proizilaze (tzv. potajna rezervacija-geheimer Vorbehalt-§ 116 BGB).

¹⁷ Izjava učinjena bez namere da se njome proizvede pravno dejstvo, a u očekivanju da će druga strana primetiti postojanje te namere.

¹⁸ Propisan čl. 66 ZOO. Prividnu izjavu volje reguliše Nemački građanski zakonik § 117 i Austrijski opšti građanski zakonik § 869 i 916.

je istinit. Prema Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima,¹⁹ prividan ili simulovan ugovor nastaje kada strane ugovornice istovremeno sa zaključenjem nekog ugovora ili posle toga, naprave drugi ugovor o istom predmetu, ali druge prirode ili druge sadržine, bez namere da se vežu njime i isključivo u cilju prikrivanja prvog ugovora. Pored simulovanog, u kategoriju prividnih ugovora spadaju i tzv. fiktivni ugovori koji postoje u situaciji kada stranke uopšte nisu želele da zaključe pravni posao, već samo da stvore privid kao da su ga zaključile.²⁰

U svakom slučaju, srž prividnog ugovora je saglasnost stranaka o njegovoj prividnosti, odnosno sporazumni nesklad između volje i izjave volje na strani oba ugovornika, sa ciljem stvaranja lažnog utiska kod trećeg lica.²¹ U pravnoj teoriji je uobičajeno da se prividni pravni posao kojim se prikriva zaključenje nekog drugog pravnog posla naziva simulovani, a stvarno zaključeni – desimulovani pravni posao.²² Praktično, stranke žele da zaključe određeni pravni posao – desimulovani, a istovremeno treća lica obmanu o stvarnoj sadržini tog posla, formalno zaključujući simulovani ugovor, pri čemu simulovani posao u celosti može biti prividan, ali se prividna izjava volje može ticati samo nekog njegovog elementa.²³

Prividan ugovor nema dejstvo među ugovornim stranama.²⁴ Važno je napomenuti da izraz „bez pravnog dejstva“ koji koristi zakonodavac zapravo znači da se radi o apsolutno ništavom ugovoru, te se u tom smislu primenjuju odredbe

¹⁹ Mihailo Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969, član 121.

²⁰ Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo, opšti deo*, Beograd, 1963, 231; Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2017, 468. Važno je napomenuti da netačno označavanje pravnog posla, čak i ako je to svesno urađeno, ne predstavlja prividni pravni posao. „Postojanje prividnog pravnog posla opredeljeno je sadržinom ustanovljenih prava i obaveza i ciljem koji su stranke ugovorom želele postići, a ne označenim nazivom pravnog posla u ugovoru.“ – Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev.125/2003 od 13.11.2003. godine.

²¹ Isto navedeno i u presudi Vrhovnog suda Srbije Rev.1303/03 od 03.09.2003., izvor *ParagrafLex*.

²² A.Gams, op.cit., 312, S.Cigoj, op.cit., 206.

²³ Na primer, slučaj netačnog navođenja cene kod ugovora o kupoprodaji, gde bi ugovor sa netačnom cenom bio simulovan, a ugovor sa tačnom cenom desimulovani pravni posao – presuda Vrhovnog suda Srbije Gž.698/58, *Zbirka sudskih odluka*, knj.3, sv.2, broj 265.

²⁴ Decidno propisano čl.66 st1 ZOO, ali treba imati u vidu i čl.26 i čl.52 ZOO, budući da kod prividnog ugovora nema ni saglasnosti volja, a nedostaje i osnov ugovora. Slično je navedeno i u presudi Vrhovnog kasacionog suda Rev.1871/2018 od 12.06.2019. „Kauza može biti i prividna, ukoliko se javlja kao rezultat volje ugovornih strana koje lažno predstavljaju trećim licima da su zaključile ugovor sa određenom kauzom, a zapravo ga nisu zaključile. Takva fiktivna kauza dovodi do nastanka fiktivnog ugovora, a takav ugovor ne proizvodi pravno dejstvo, odnosno ništav je.“

kojima je regulisana ništavost ugovora.²⁵ Zakonodavac propisuje da se prividnost ne može isticati prema trećem savesnom licu.²⁶ Ukoliko prividan ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi ugovor će važiti ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost,²⁷ ali pitanje punovažnosti desimulovanog ugovora zahteva ispitivanje svih relevantnih okolnosti u svakom konkretnom slučaju.²⁸

Polazeći od načela postupanja javnih beležnika, nesumnjivo je da postoji obaveza beležnika da utvrdi da li u konkretnom slučaju ima pokazatelja da se radi o prividnom ugovoru. Međutim, ako se ima u vidu priroda ovih ugovora, odnosno potpuna saglasnost ugovornika da treća lica, što nesumnjivo uključuje i javnog beležnika, obmanu o stvarnoj prirodi svog ugovora, često beležnik neće moći da se utvrdi da se radi o prividnom poslu.

U praksi su retki slučajevi da je javni beležnik mogao da na osnovu nekih okolnosti zaključi da je u pitanju prividan ugovor i odbije njegovu overu. Takav je npr.bio slučaj u predmetu Osnovnog suda u Aranđelovcu broj R3.32/16 od 4.3.2016. gde je odbijen prigovor, odnosno potvrđeno rešenje javnog beležnika o odbijanju solemnizacije ugovora o kupoprodaji nepokretnosti, jer je postojala sumnja da stranka ugovor zaključuje prividno. Naime, iz obrazloženja rešenja je vidljivo da je isto lice dva puta pristupalo kao beležnika, kako bi zakazalo ugovor o kupoprodaji nepokretnosti za strano lice, pa kada je, zbog zakonskih ograničenja,²⁹ odbijen, on je pristupio u svojstvu kupca u svoje ime, zbog čega je postojala sumnja da se on u pravnom poslu prividno javlja kao ugovorač.

Rešenjem Trećeg osnovnog suda u Beogradu 1.RJB.11/2021 od 06.05.2021. godine potvrđeno je rešenje autora ovog članka kojim je odbijena solemnizacija

²⁵ Isto navedeno i u rešenju Apelacionog suda u Nišu Gž.1537/2014 od 05.06.2014. – simulovani posao je ništav, pa kako se u konkretnom slučaju zahtevom traži utvrđenje ništavosti ugovora, a ne poništaj rušljivog, to nema mesta primeni čl.117 ZOO kojim su određeni rokovi za poništaj rušljivih ugovora.

²⁶ Čl. 66 st. 3 ZOO. Ovakav stav podržava i većina pravnih teoretičara, npr. Dragoljub Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980, 268, mada ima i mišljenja da bi u ovim slučajevima postojala samo obaveza na naknadu štete stranaka koje su zaključile prividan ugovor – S.Cigoj, op.cit., 206.

²⁷ Čl. 66 st. 2 ZOO. Prema presudi Privrednog apelacionog suda Pž.7452/2016 od 28.09.2017., kada se u postupku utvrdi da je određeni pravni posao besteretnog raspolaganja prikrivao u stvari obostrano teretni posao, onda taj teretni posao proizvodi dejstvo, ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost.

²⁸ Npr. prema odluci Okružnog suda u Beogradu Gž.8489/96 od 2.10.1996. „da li je ugovor o kupoprodaji stvaran ili prividan, zavisi od toga da li su stranke imale u vidu predmet i cenu kao dva bitna elementa ugovora i da li je i kako ovaj ugovor izvršen.“

²⁹ O sticanju svojine na nepokretnostima od strane stranih lica više u čl.82a Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.

nepravog ugovora o doživotnom izdržavanju, gde je sud prihvatio argumentaciju da je suština ugovora prenos prava svojine nakon smrti primaoca izdržavanja, kako je propisano čl.184 ZON, te bi drugačije ugovaranje predstavljalo povredu imperativnih propisa. Zapravo se u konkretnom slučaju, a što se moglo utvrditi iz razgovora sa strankama, radilo o simulovanom ugovoru, jer je prava namera stranaka bila da zaključe ugovor o poklonu. Međutim, zbog prava nužnih naslednika kojima bi tim ugovorom bio povređen nužni nasledni deo i koji bi zbog toga mogli da ostvaruju prava predviđena zakonom,³⁰ ugovornici su odlučili da ovaj ugovor prikriju nepravim ugovorom o doživotnom izdržavanju u kome bi fiktivno bila predviđena obaveza izdržavanja, a suštinski bi ugovor bio izvršen prenosom prava svojine na prividnog davaoca izdržavanja, bez stvarne obaveze izdržavanja.³¹

Međutim, u najvećem broju slučajeva, beležnik neće moći ni iz samog ugovora, niti iz nekih drugih okolnosti oceniti da se radi o prividnom ugovoru, te će takav ugovor solemnizovati. Kakva će biti dalja sudbina takvog ugovora zavisice od toga da li su prilikom njegovog potvrđivanja bili ispunjeni svi uslovi koji utiču na punovažnost ili se eventualno može raditi o nekom drugom ugovoru koji će važiti ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost. U tom kontekstu ilustrativni primer je presuda Vrhovnog kasacionog suda broj Rev.5728/2018 od 23.05.2019. kojom je odbijena revizija protiv presude Apelacionog suda u Beogradu kojom je pak potvrđena presuda Višeg suda u Valjevu o odbijanju tužbenog zahteva tužilje da se utvrdi da je ugovor o kupoprodaji nepokretnosti zaključen kod javnog beležnika Ž.S. kao prividan ništav i ne proizvodi pravno dejstvo.³² U konkretnom slučaju, tužilja je najpre sa tuženim zaključila i overila ugovor o zajmu kojim je od njega pozajmila iznos od 125.000 evra sa rokom vraćanja od dva meseca. Kako zajam u roku nije vratila, odlučila je da proda svoje nepokretnosti – četiri lokala, ukupne površine 120 m², i tako obezbedi novac za vraćanje duga. Ali, za kupovinu je bio zainteresovan samo jedan kupac koji je ponudio da nepokretnosti kupi po ceni od 85.000 evra. Tuženi je zatim izrazio želju da on kupi ove nepokretnosti po toj ceni, te su stranke kod javnog beležnika i zaključile sporni ugovor

³⁰ Propisana čl. 42-60 Zakona o nasleđivanju, u zavisnosti od toga da li je nužni deo obligacionopravne ili stvarnopravne prirode.

³¹ Suprotan primer možemo naći u presudi Vrhovnog kasacionog suda Rev.1829/2017 od 25.10.2017., gde su stranke zaključile ugovor o poklonu, ne sa namerom da se učini i primi poklon, već da se pronađe najsigurniji način da imovina poklonodavca, posle njegove smrti, ostane samo poklonoprincu, a ne i ostalim zakonskim naslednicima poklonodavca, što je potvrđeno kasnijim zaključenjem ugovora o doživotnom izdržavanju između istih ugovornih strana u pogledu iste imovine, te je ugovorom o poklonu prikrivena stvarna volja ugovornih strana koje su želele da zaključe drugi ugovor.

³² www.paragraf.lex, 04.09.2022.

o kupoprodaji nepokretnosti. Pri tom, tuženi nije predao tužilji iznos od 85.000 evra, već su se dogovorili da taj iznos odbiju od duga koji je tužilja imala prema tuženom.³³ Po oceni suda, ovakav ugovor nema elemente prividnog ugovora. Ugovor je zaključen jer je tužilja prodajom nepokretnosti želela da vrati dug i inače je imala nameru da nepokretnosti proda kako bi dug vratila. Činjenica što kupoprodajna cena nije predata tužilji, već su se stranke dogovorile da se odbije od duga ne čini ugovor o kupoprodaji prividnim ugovorom koji prikriva neki drugi ugovor, već je bio način regulisanja duga tužilje prema tuženom. Ovakav sporazum nije u suprotnosti ni sa načelom autonomije volje i načelom jednake vrednosti davanja, te predstavlja punovažan pravni posao i sud je zaključio da nisu ispunjeni uslovi za utvrđenje njegove ništavosti.

NESVESNA NESAGLASNOST VOLJE I IZJAVE

Ukoliko lice izjavljuje volju u određenom pravcu, a da nije svestan nesaglasnosti koju takva izjava ima sa njegovom stvarnom voljom, govorimo o ovoj grupi mana volje, gde, po slovu zakona, spadaju prevara, zabluda i nespোরазум.³⁴ Kao što je napomenuto i kod slučajeva svesne nesaglasnosti, svako od ovih pitanja je tema za sebe i zasluđuje da bude predmet posebne analize, te ćemo se, zbog prostornog ograničenja, fokusirati na prevare kao nedostatak volje i ukazati na njena osnovna obeležja u postupku pred javnim beležnikom.

Prevara

Prevara u građansko-pravnom smislu je definisana zakonom tako što je propisano da, ako jedna strana izazove zabludu kod druge strane ili je održava u zabludu u nameri da je time navede na zaključenje ugovora, druga strana može zahtevati poništaj ugovora i onda kad zabluda nije bitna.³⁵ Praktično, zabluda je sastavni deo prevare,³⁶ ali se radi o posebnom institutu koji je širi od zablude i za koji je karakteristično namerno, nepošteno i nesavesno ponašanje

³³ Ostao je dug od 40.000 evra, nakon čega su stranke zaključile novi ugovor o zajmu koji takođe nije vraćen, pa je tuženi aktivirao hipoteku konstituisanu na nepokretnostima tužilje i tako namirio dug.

³⁴ Čl. 61-65 ZOO.

³⁵ Čl. 65 ZOO. U domaćoj pravnoj teoriji prevara se često definiše kao kvalifikovana zabluda – Dragor Hiber, *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora, doktorska disertacija*, Beograd, 1991; Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2009, 255.

³⁶ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, 301.

druge strane.³⁷ Pojam prevare podrazumeva sticaj dva elementa: subjektivnog, koji podrazumeva nameru određenog lica da drugog navede ili održava u zabludi, nezavisno od toga da li je u pitanju *dolus directis* ili *dolus eventualis*,³⁸ i objektivnog, koji podrazumeva preduzimanje faktičkih radnji u cilju realizacije te namere.

Radnja kojom se vrši prevara može se sastojati u aktivnom ili pasivnom ponašanju, odnosno izričitom kazivanju ili prećutkivanju nekih okolnosti ili u prostom ćutanju.³⁹ Između prevare i izjave volje treba da postoji uzročna veza, odnosno prevara treba da utiče na prevareno lice tako da ga navede na davanje izjave volje koju ono, da nije bilo prevare, ne bi uopšte dalo ili je ne bi dalo u tom smislu.⁴⁰

Višestruka prodaja nepokretnosti kao oblik prevare

U praksi prevarni oblici postupanja se javljaju u različitim oblicima, ali ćemo se u nastavku fokusirati na jedan oblik prevare koji je dugi niz godina bio „rak rana“ našeg tržišta nepokretnosti, a to su slučajevi višestruke prodaje iste nepokretnosti. Naravno, radi se o kompleksnom pitanju čija analiza višestruko prevazilazi granice ovog rada, tako da ćemo se zadržati samo na osnovnim obeležjima ove vrste prevare i promenama koje su usledile nakon pojave javnih beležnika, te potencijalnim problemima koje u ovoj oblasti još uvek postoje. Višestruka prodaja nepokretnosti postoji kada jedan vlasnik određenu nepokretnost proda prvo jednom (prvom) kupcu, a zatim drugom, trećem, itd.⁴¹ Naravno, teško je zamisliti situaciju da neko

³⁷ Danica Popov, „Zabluda i prevara kao razlog rušljivosti pravnog posla u domaćem i uporednom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 3, Novi Sad, 2013, 107-122.

³⁸ S tim što ta namera mora biti skrivljena, odnosno mora se pripisati u krivicu tom licu – D.Popov, op.cit., 110. Suprotno Igor Vujović, *Prevara u savremenom ugovornom pravu, doktorska disertacija*, Beograd, 2009, 48, koji smatra da, ukoliko bi se u svakom konkretnom slučaju zahtevala krivica, postoji bojazan da prevara izade iz okvira građansko-pravne koncepcije.

³⁹ O prećutkivanju je reč kada se saugovaraču ne otkriva informacija koju on ima pravo da zna, tako da je prećutkivanje mnogo više nego ćutanje, jer znači zadržati za sebe nešto onda kada je trebalo govoriti – Snežana Dabić u: *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora, doktorska disertacija*, Beograd, 2018, 36.

⁴⁰ Decidno propisano npr. u Francuskom građanskom zakoniku, čl.1116. Prema presudi Vrhovnog kasacionog suda Rev.952/2010 od 20.10.2010. – Kad je jedna strana izazvala zabludu kod druge strane o prirodi zaključenog ugovora, u nameri da je navede na zaključenje ugovora o prenosu prava svojine na svoje ime, pa je ta druga strana zaključila ugovor o kupoprodaji, pogrešno držeći da je zaključila ugovor o doživotnom izdržavanju, radi se o ništavom ugovoru u smislu čl.103 i čl.65 st.1 ZOO.

⁴¹ Dragoljub Petrović, „Dvostruka prodaja iste nepokretnosti“, *Pravni život*, broj 11-12, Beograd, 1991, 1415.

više puta raspolaže istom nepokretnošću slučajno ili greškom, tako da iza svakog takvog raspolaganja postoji prevarna namera.

Kao što je poznato, mogućnost da dođe do ovog problema posledica je činjenice da se u našem pravu momenat zaključenja ugovora vremenski ne poklapa sa momentom prelaska prava svojine. Naime, u našem zakonodavstvu je u pogledu sticanja prava svojine na osnovu pravnog posla prihvaćen tzv.tradicioni kauzalni sistem prenosa svojine⁴² koji podrazumeva da se svojina na osnovu ugovora stiće tek upisom u registar i to ako je ugovor na osnovu koga se upis vrši punovažan i ako se svojina stiće od lica koje je upisano kao vlasnik i zaista je vlasnik.⁴³ Zbog toga je moguće da prenosilac, do ispunjenja zakonitog načina sticanja, istu nepokretnost otuđi više puta i pri tom se sukcesivno obaveže različitim licima da će im preneti svojinu na istoj nepokretnosti.⁴⁴ U pravnoj teoriji, a zatim i sudskoj praksi posle Drugog svetskog rata, načelo savesnosti i poštenja je postepeno odnosilo primat nad načelom upisa u javne knjige, čemu je u velikoj meri doprinela i nepotpunost i neažurnost tih knjiga, tako da sticalac svoju savesnost nije mogao opravdati samo pozivanjem na pouzdanje u tačnost upisa. Na Savetovanju građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda 28. i 29. maja 1986.⁴⁵ usvojen je Zaključak broj 3 koji predstavlja svojevrstu sublimaciju dominantnih stavova o uticaju savesnosti sticaoca na sticanje svojine na nepokretnostima, nakon čega je maltene redovno počeo da se primenjuje prilikom donošenja sudskih odluka u ovim predmetima.⁴⁶ Međutim, iako je usvojeni stav uticao na ujednačavanje sudske prakse, istovremeno je doprineo tome da sudska praksa sve više odstupa od načela upisa, što je dovelo do

⁴² Po uzoru na Austrijski građanski zakonik. U evropskim zakonodavstvima postoje i drugi sistemi, pre svega sticanje putem ugovora, više o tome: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, 128-135.

⁴³ Više o tome: Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009, 112 i dalje.

⁴⁴ Marija Karanikić, „Sukob pravnih osnova uzastopnih sticanja iste nepokretnosti“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2001, 466 i dalje.

⁴⁵ Objavljeno u *Biltenu sudske prakse Saveznog suda*, broj 25/86.

⁴⁶ Na primer, prema rešenju Vrhovnog suda Srbije Prevl.491/2004 od 10.06.2005. – Sudska praksa trgovinskih sudova, *Bilten broj 4/2005*, kada su dva lica zaključila posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost, o jačem pravu sud odlučuje primenom načela savesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. Kada su oba sticaoca savesna, jači pravni osnov ima onaj ko je ishodio upis u zemljišnu knjigu. Ako nijedan nije ishodio upis, jači u pravu je sticalac kome je nepokretnost predata u državinu. Kad su oba sticaoca savesna, a ni jednom nepokretnost nije predata u državinu, niti je upisan u javnu knjigu, jači pravni osnov ima raniji sticalac.

slabljenja pravne discipline i urednog pravnog saobraćaja.⁴⁷ S druge strane, višestruko otuđenje nepokretnosti je devedesetih godina prošlog veka i u prvoj deceniji ovog veka postalo tako učestalo, naročito kad su u pitanju stanovi u izgradnji, da je ovaj problem morao biti rešen na jedan sistematičan način.

Pokušaj da se reši ovaj problem najpre je učinjen izmenama Zakona o prometu nepokretnosti 2009. godine.⁴⁸ Naime, pošto je trebalo sprečiti da isto lice prometuje istom nepokretnošću više puta, članom 4a stav 2 ovog zakona bilo je propisano da će službeno lice odbiti da overi potpis na ugovoru o prometu nepokretnosti, ukoliko uvidom u posebnu evidenciju o ugovorima o prometu nepokretnosti, utvrdi da su u sudu već overeni potpisi na ugovoru o prometu iste nepokretnosti a prodavac je isto lice. Članom 8 istog zakona propisano je uvođenje posebne evidencije.⁴⁹

Ova odredba je, nakon uvođenja javnih beležnika i izmene zakona, donekle promenjena.⁵⁰ Prema važećoj odredbi, ako beležnik nakon izvršenog uvida u evidenciju, utvrdi da su u sudu već overeni potpisi na ugovoru o prometu iste nepokretnosti ili da je kod javnog beležnika ili u sudu sačinjen javnobeležnički zapis, odnosno kod javnog beležnika solemnizovan ugovor o prometu iste nepokretnosti, a prodavac je isto lice, beležnik je dužan da o tome upozori ugovornike i upozorenje unese u ispravu, a ako se ugovornici protive unošenju upozorenja, beležnik će odbiti da preduzme traženu radnju.⁵¹

Istine radi, svakodnevna primena ove odredbe u javnobeležničkoj praksi u najvećem broju slučajeva izgleda tako kao da je na snazi ranija odredba. Naime, pre svakog potvrđivanja ugovora o prometu nepokretnosti, beležnik je dužan da izvrši uvid u tzv.registar Pravosudno informacionog sistema u kome su evidentirani svi pravni poslovi raspolaganja nepokretnostima počev od 1. januara 2011. pa nadalje.⁵²

⁴⁷ Dragor Hiber, Konsolidacija prava svojine i zemljišnoknjižni sistem (povodom knjige – uputstva za valjano vođenje zemljišnih knjiga), *Zemljišnoknjižni postupak*, Dragoslav Matić, Tihomir Đoković, XIII, 1998.

⁴⁸ *Sl.glasnik RS*, broj 111/2009.

⁴⁹ Pravilnik o vođenju posebne evidencije o ugovorima o prometu nepokretnosti, *Sl.glasnik RS*, broj 4/2010. Nakon uvođenja javnih beležnika donet je Pravilnik o vođenju posebne evidencije javnobeležničkih zapisa o prometu nepokretnosti i overenih ugovora o prometu nepokretnosti, *Sl.glasnik RS*, 95/14, 128/14.

⁵⁰ O nedostacima ranije odredbe više u: Miloš Živković, „O kvalitetu novijih građanskopravnih propisa u Srbiji“, *Pravni život*, br. 1, Beograd, 2010, 129-134.

⁵¹ Čl. 4b Zakona o prometu nepokretnosti.

⁵² Formalno je sistem evidencija prometa nepokretnosti počeo da se primenjuje 2010. godine, ali su podaci iz te godine prilično nepouzdana i nepotpuna, pa se kao relevantan datum uzima 1. januar 2011. godine.

Kako bi ova provera bila što potpunija, provera se vrši i u odnosu na nepokretnost koja je predmet prometa i u odnosu na lice koje prometuje nepokretnošću. Rezultati te provere mogu biti različiti. „Najčistija“ situacija je onda kada se utvrdi da lice koje je prodavac (odnosno drugi prenosilac prava) nepokretnošću nije ranije prometovao ili se ispostavi da je konkretna nepokretnost bila predmet prometa, ali ne od strane tog prenosioca, već nekog drugog lica, a zapravo je najčešće reč o pravnom poslu na osnovu koga je sadašnji prodavac tu nepokretnost stekao. Međutim, ukoliko se ispostavi da je sadašnji prenosilac već nekom drugom licu tu nepokretnost preneo, a taj pravni posao u međuvremenu nije raskinut,⁵³ teško se može zamisliti situacija da će beležnik pristati da solemnizuje ugovor čiji je predmet takva nepokretnost, iako mu zakon takvu mogućnost pruža, čak i ako sticalac na to pristaje. Naime, u skladu sa već analiziranim načelima postupanja beležnika čiji je cilj da obezbedi zakonitost postupanja, beležnik će najčešće odbiti da takav ugovor solemnizuje, čime se u prvom redu štiti položaj lica koje se u evidenciji vodi kao lice kome je prenosilac već preneo nepokretnost, ali istovremeno sva lica koja bi u bilo kom trenutku mogla imati veze sa konkretnom nepokretnošću.⁵⁴

U svakom slučaju, nakon izvršenog uvida, beležnik je dužan da izvod iz evidencije odštampa i priloži u spis, te, nakon izvršene solemnizacije, podatke o solemnizovanom ugovoru unese u taj isti sistem. Na taj način se obezbeđuje zaštita kako samih učesnika u pravnom poslu, tako i konkretnog beležnika, a, u krajnjoj liniji i celokupnog javnobeležničkog sistema, budući su podaci o izvršenom prometu direktno i u realnom vremenu vidljivi svim beležnicima.

⁵³ Raskidi ugovora se takođe unose u isti sistem. Jedan od osnovnih nedostataka evidencije podataka dok se ista vodila u sudu bila je upravo opasnost neevidentiranja raskida. „Moguće je da je jedan overen ugovor o prometu nepokretnosti raskinut neformalnim sporazumom. Nije jasno kako bi službeno lice koje vrši overu ugovora cenilo isticanje da je prethodni ugovor raskinut neformalnim sporazumom. Ovde treba imati u vidu kako sporazumni raskid, tako i jednostrani raskid zbog neispunjenja obaveza. Ne može se očekivati od službenog lica koje vrši overe da saslušava drugog ugovarača o okolnosti raskida, ako ni dužnost drugog ugovarača da učestvuje u tom postupku, naročito ako je ugovor raskinut upravo zbog njegovog neispunjenja obaveza“ – Zlatko Stefanović, „Komentar dopuna Zakona o prometu nepokretnosti“, *E-press*, br. 320, Beograd, 2010.

⁵⁴ Istini za volju, postoje situacije zbog kojih je navedena odredba zakona opravdana. Npr, moguće je da je raniji pravni posao sudski raskinut ili poništen, pošto se takva promena ne unosi u navedenu evidenciju. U tom slučaju će beležnik ugovor solemnizovati, uz unošenje napomene u evidenciju koja će objasniti razloge ovakvog postupanja. Takođe, nije redak slučaj, naročito kad je u pitanju ugovor o poklonu, da je prenosilac zaboravio za njegovo zaključenje ili je pogrešno smatrao, pošto se poklonoprimalac nije upisao u javnu knjigu, da je on i dalje vlasnik nepokretnosti. U tom slučaju će beležnik zahtevati da se takva situacija reši upućivanjem stranaka da ugovor raskinu sporazumno ili sudski i slično.

Drugi značajan korak u cilju suzbijanja problema izazvanih višestrukom prodajom nepokretnosti u značajnoj meri je rešen izmenama propisa o upisu u katastar nepokretnosti 2018. godine.⁵⁵ Naime, sve do tada obaveza javnog beležnika prilikom solemnizacije ugovora o raspolaganju nepokretnostima iscrpljivala se samim činom potvrđivanja ugovora. Doduše, većina beležnika je u svoju ispravu unosila upozorenje da se pravo svojine stiče upisom u javnu evidenciju, te da konkretan ugovor potvrđen od strane beležnika predstavlja samo osnov sticanja, a da su stranke u obavezi da ugovor dostave nadležnom katastru radi upisa prava. Međutim, da li će stranke to zaista i uraditi, nije zavisilo od beležnika, već isključivo od samih ugovornih strana.

Navedene izmene propisa su ovakvu dispoziciju stranaka svele na minimum, propisujući obavezu dostave isprava radi upisa u katastar, pri čemu je javni beležnik prepoznat kao najvažnija tačka u toj proceduri.⁵⁶ Naime, javni beležnici su dužni da preko tzv. e-šaltera dostave sve javnobeležničke isprave koje predstavljaju podoban pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti, kao i isprave koje ne predstavljaju podoban pravni osnov za upis prava, već se dostavljaju radi predbeležbe ili evidentiranja.⁵⁷ Ukoliko isprava koja je pravni osnov za upis promene ne dokazuje kontinuitet promene sa upisom u katastru, beležnik je dužan da dostavi i isprave kojima se kontinuitet dokazuje.⁵⁸ Pri tom, rok u kome je beležnik dužan da izvrši dostavu je 24 časa od trenutka sastavljanja, potvrđivanja, odnosno overavanja isprave, odnosno izvršnosti⁵⁹ odluke u poverenom poslu. Ovakvim propisivanjem omogućeno je da u najvećem broju slučajeva novi vlasnik bude „po službenoj dužnosti“ upisan u evidenciju nepokretnosti, čime je u punoj meri ponovo afirmisano zakonsko pravilo o načinu sticanja prava svojine na nepokretnosti i načelo pouzdanja u javne knjige.⁶⁰

⁵⁵ Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, ZOPUKNV, *Službeni glasnik RS*, broj 41/2018, 95/2018, 31/2019 i 15/2020.

⁵⁶ Pored beležnika, obveznici dostave katastru su i sudovi, javni izvršitelji i organi javne uprave i drugi organi i organizacije koji vrše javna ovlašćenja – čl.22 ZOPUKNV.

⁵⁷ Tu spadaju ugovor o prenosu prava svojine koji ne sadrži безусловnu saglasnost za upis, isprava kojom se vrši prenos vlasništva na nepokretnosti u izgradnji i isprava koja se odnosi na raspolaganje nepokretnošću koja nije upisana u katastar – čl.22 st.2 tač.1,2 I 3. ZOPUKNV.

⁵⁸ Čl. 23 st. 2 Zakona.

⁵⁹ Pretpostavka je da se radi o omašci prilikom redakcije zakona, budući da se povereni poslovi odnose na ostavinske postupke, pa se u praksi ovaj rok tumači kao rok od 24 časa od pravno-snažnosti rešenja o nasleđivanju.

⁶⁰ Ovo načelo sadržano je kako u pravnim pravilima Zakona o zemljišnim knjigama, tako i u svim potonjim propisima kojima se reguliše upis u javne registre nepokretnosti. Bez ovog načela ni registri nepokretnosti nemaju nikakvu svrhu.

Citiranim pravilima u velikoj meri je sužen manevarski prostor za prevare u oblasti raspolaganja nepokretnostima. Međutim, iako je broj prevara u ovom doмену značajno smanjen, još uvek postoje određeni modeli prevarnog ponašanja, samo sa drugačijim *modus operandi*, tako da načelo pouzdanja u podatke iz katastra u određenim slučajevima treba uzeti sa rezervom.⁶¹ Tako, na primer, poznati su slučajevi prevara na osnovu upisivanja „vlasnika“ nepokretnosti u katastar, na osnovu ugovora navodno overenih u sudovima pre uvođenja evidencija o overenim ugovorima, odnosno pre 2010. godine.⁶² Nakon što se upiše u nadležni katastar i tako formalno legitimiše kao vlasnik nepokretnosti, navodni vlasnik takav stan dalje prodaje, predstavljajući se kao stvarni vlasnik, čime dovodi u zabludu kupca koji se pouzdao u podatak iz katastra. Naknadno se utvrđuje da su ugovori na osnovu kojih je izvršen upis falsifikovani, a po pravilu se radi o stanovima čiji su stvarni vlasnici umrli, a naslednici su nepoznati ili nedostupni.⁶³ I u ovakvim slučajevima je uloga javnih beležnika značajna, budući da će beležnik prilikom solemnizacije ugovora, po pravilu tražiti na pregled dokumentaciju koja predstavlja pravni osnov sticanja nepokretnosti, te, ukoliko u tom pogledu oceni ili primeti nešto što izaziva sumnju, može preduzeti odgovarajuće radnje u cilju dodatne provere.⁶⁴

Sve u svemu, može se zaključiti da su javni beležnici svojim postupanjem u ovoj oblasti značajno doprineli kako smanjenju prevara, tako i njihovom sprečavanju i blagovremenom otkrivanju. S druge strane, možda bi trebalo razmisliti i o drugoj vrsti zaštite savesnih kupaca, kojom bi se preventivno uticalo na sprečavanje prevarnog postupanja, kako je npr. učinjeno u Sloveniji, donošenjem Zakona o zaštiti kupaca stanova i zgrada sa jednim stanom⁶⁵ koji sadrži niz

⁶¹ Prema presudi Apelacionog suda u Kragujevcu KŽ1 1455/2017 od 10.01.2018. – Lice koje iskoristi grešku službe katastra tako što kupca dovede u zabludu da je on vlasnik nepokretnosti, svestan činjenice da je vlasnik drugo lice, a da je on greškom upisan kao vlasnik, čini krivično delo prevare, te se ne može prihvatiti odbrana o odsustvu prevarne namere sa pozivanjem na načelo pouzdanja i tačnosti podataka unetih u javne knjige.

⁶² Pošto u skladu sa čl. 25 Zakona, zahtev za upis mogu podneti i stranke.

⁶³ Tako je u oktobru 2018. i martu 2019. Tužilaštvu za organizovani kriminal u akciji „Inrpos“ privedeno ukupno 19 osoba koji se sumnjiče za prevare u vezi sa kniženjem stanova u katastru na osnovu lažne dokumentacije, u cilju njihove dalje prodaje. V. www.rs.n1info.com/vesti/469063, 11.09.2022.

⁶⁴ Na primer, ukoliko je upis u katastar izvršen po zahtevu stranke, u katastru se po službenoj dužnosti upisuje zabeležba da je upis vlasnika izvršen na osnovu ugovora overenog pre 1. septembra 2014. godine, te javni beležnik, ukoliko smatra da je potrebno ili ukoliko same stranke insistiraju, može zahtevati da sud pred kojim je takav ugovor overen izda potvdu da je ugovor zaista i overen u sudu, sa kopijom strane knjige overe u koju je overa upisana.

⁶⁵ ZVKSES, *Službeni glasnik Republike Slovenije*, br. 18/04. Neposredan povod za donošenje ovog zakona bila je tzv. afera Zbiljski gaj. Naime, radilo se o prodaji stanova u izgradnji, gde su kupci

pravila i obaveza investitora u cilju zaštite kupaca od rizika neispunjenja obaveza investitora.⁶⁶ Naime, iako se i postojećim zakonskim odredbama u našoj zemlji reguliše odgovornost prodavaca kod ugovora o prodaji, ocena je da bi ove opšte odredbe trebalo na neki način specijalizovati i konkretizovati kada je u pitanju kupoprodaja nepokretnosti ili bar kupoprodaja nepokretnosti u izgradnji. Naravno, ugovornim stranama je uvek na raspolaganju ugovor, odnosno sloboda i mogućnost da ugovornim odredbama preciziraju pitanje odgovornosti, ali bi sasvim sigurno odgovarajućim propisima koji bi sistematski regulisali ova pitanja, zaštita kupaca, odnosno sticalaca nepokretnosti, bila dovedena na viši stepen.

ZAKLJUČAK

Saglasnost volje i izjave volje predstavljaju pravilo prilikom zaključenja ugovora, ali postoje i izuzeci kada ove saglasnosti nema. Takva nesaglasnost može biti svesna kakav je slučaj kod mentalne rezerve, neozbiljne izjave volje, izjave volje koja je data pod prinudom i prividnog ugovora i nesvesna, koja postoji u slučaju prevare, nesporazuma i zablude.

Budući da je zakonom decidno propisana obaveza beležnika da odbije službenu radnju, ukoliko posumnja da volja stranke nije ozbiljna ili slobodna, to je beležnik dužan da u svakom konkretnom slučaju preduzme sve radnje iz okvira svojih ovlašćenja kako bi utvrdio da li potrebna saglasnost izjave i volje postoji. To se naročito odnosi na ugovore čiji je predmet raspolaganje nepokretnostima, gde postoji skoro isključiva nadležnost beležnika.

Međutim, ovaj zadatak za beležnika nije lak i podrazumeva visok nivo životnog i profesionalnog iskustva kako bi on uopšte prepoznao postojanje nesaglasnosti. S druge strane, načelo slobode ugovaranja i autonomije volje se postavlja kao bitna prepreka u pravcu bilo kakve intervencije beležnika, tako da je beležnik dužan da u svakom konkretnom slučaju napravi balans između ovih krajnosti,

stanova investitoru novogradnje isplatili većinu cene pre završetka stanova, investitor je u toku gradnje postao insolventan i nad njim je pokrenut postupak stečaja, usled čega su kupcima ostale nedovršene zgrade na zemljištu u vlasništvu investitora, a samo zemljište je bilo opterećeno hipotekama za obezbeđenje bankarskih kredita. Više o tome, Miha Juhart, „Zaštita kupca prilikom prodaje (stambene) nepokretnosti“, *Odabrane teme obligacionog prava, Zbornik radova s Druge regionalne konferencije iz obligacionog prava održane 14. i 15. novembra 2019.*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 162.

⁶⁶ O ovome detaljno u Nina Plavšak, *Zakon o varstvu kupcev stanovanje in enostanovanjskih stabv*, Ljubljana, 2004.

te odbije da potvrdi ugovor zbog sumnje u postojanje saglasnosti, samo ako je na osnovu sagledavanja svih činjenica u konkretnom slučaju zaista stekao uverenje da saglasnosti nema.

Tako, beležnik će odbiti da potvrdi ugovor ukoliko smatra da se radi o prividnom pravnom poslu, do kog zaključka može doći analizom svih činjenica u konkretnom slučaju. Međutim, ako se ima u vidu priroda prividnog ugovora, a to je namera ugovornih strana da sva treća lica, uključujući i samog beležnika, uvere u autentičnost prirode svoje isprave, može se desiti da beležnik takav ugovor potvrdi. Dalja sudbina tog ugovora zavisiće od toga da li su prilikom njegovog potvrđivanja bili ispunjeni svi uslovi koji utiču na punovažnost ili se eventualno može raditi o nekom drugom ugovoru koji će važiti ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost.

Ugovor zaključen pod uticajem prevare predstavlja tipičan primer nesvesne nesaglasnosti volje i izjave volje, budući da ugovorna strana izjavljuje volju, a da je prethodno dovedena u zabludu ili održavana u zabludi.

Najčešći oblik prevare u našoj ugovornoj praksi, kada su u pitanju ugovori o raspolaganju nepokretnostima, već duži niz godina jesu slučajevi višestruke prodaje nepokretnosti. Ova pojava posledica je usvojenog pravila o načinu sticanja nepokretnosti koje podrazumeva da se pravo svojine stiče upisom u javne knjige, koja činjenica se vremenski i prostorno u najvećem broju slučajeva ne dešava istovremeno sa zaključenjem ugovora.

Uvođenjem javnih beležnika u oblast raspolaganja nepokretnostima praksa višestruke prodaje nepokretnosti je značajno smanjena. Na to je uticalo više faktora, od kojih su najznačajnija dva: prvi, uvođenje evidencije zaključenih ugovora u koji je beležnik dužan da izvrši uvid pre same solemnizacije, a nakon okončanog postupka solemnizacije, podatke o zaključenom ugovoru unese u istu evidenciju i drugi, izmene propisa o upisu u katastar iz 2018. godine koje su između ostalog uspostavile obavezu beležnika da svaki ugovor, odnosno drugi pravni osnov sticanja nepokretnosti koji solemnizuje, odnosno sačini, elektronskim putem pošalje katastru radi upisa novog vlasnika.

Budući da je, kao i u drugim oblastima, tako i u ovoj, stvarnost neretko brža od propisa, i dalje postoje različiti načini da se prevaziđu zakonske prepreke i prevara izvrši, tako da se prilikom budućeg usaglašavanja propisa mora voditi računa o jačoj institucionalnoj i zakonodavnoj zaštiti savesnih sticalaca nepokretnosti, eventualno donošenjem novih propisa ili izmenom postojećih na način koji bi obezbedio veći stepen pravne sigurnosti kako na pojedinačnom, tako i na generalnom nivou.

GORDANA JOVANOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade
Notary public, Belgrade

DISAGREEMENT OF WILL AND STATEMENT OF WILL
IN NOTARY PROCEDURE, WITH SPECIAL REFERENCE
TO APPARENT CONTRACT AND FRAUD

Summary

Consent of will and statements of will are the rule when concluding a contract, but there are also exceptions when this consent is not present. Such disagreement can be conscious or unconscious. The article analyzes the apparent contract as a representative of conscious disagreement and fraud, as a representative of unconscious non-compliance.

If the contract is confirmed by a notary public, he is obliged to take care that the will of the parties is serious and free. The role of public notaries is particularly important in reducing fraud in the field of real estate transactions, specifically preventing multiple sales of the same real estate, which was a frequent occurrence before the introduction of notaries public into our legal system.

Key words: consent of will and statement of will, apparent contract, fraud, multiple sales of the real estate, notary public

Literatura

- Cigoj S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (u redakciji prof. Blagojevića i prof. Krulja)*, Beograd, 1980.
- Cvetić R., *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009.
- Dabić S., *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora, doktorska disertacija*, Beograd, 2018.
- Đurđević D., *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014.
- Flume W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Band das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1965.
- Gams A., *Uvod u građansko pravo, opšti deo*, Beograd, 1963.
- Hiber D., *Konsolidacija prava svojine i zemljišnoknjižni sistem (povodom knjige-uputstva za valjano vođenje zemljišnih knjiga, Zemljišnoknjižni postupak, Dragoslav Matić, Tihomir Đoković, XIII)*, 1998.
- Hiber D., *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Beograd, 1991.
- Hübner H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin/New York, 1996.
- Juhart M., „Zaštita kupca prilikom prodaje (stambene) nepokretnosti“, *Odabrane teme obligacionog prava, Zbornik radova s Druge regionalne konferencije iz obligacionog prava održane 14. i 15. novembra 2019.*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- Karanikić M., „Sukob pravnih osnova uzastopnih sticanja iste nepokretnosti“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2001.
- Konstantinović M., *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969.
- Kovačević Kuštrimović R., Lazić M.,; *Stvarno pravo*, Niš, 2006.
- Medicus D., *Allgemeiner Teil des BGB-Ein Lehrbruch*, Heidelberg, 2002.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980.
- Petrović D., „Dvostruka prodaja iste nepokretnosti“, *Pravni život*, br. 11-12, Beograd, 1991.
- Plavšak N., *Zakon o varstvu kupcev stanovanje in enostanovanjskih stabv*, Ljubljana, 2004.
- Popov D., „Zabluda i prevara kao razlog rušljivosti pravnog posla u domaćem i uporednom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2013.
- Poznić B., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009.
- Salma J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2009.
- Stefanović Z., „Komentar dopuna Zakona o prometu nepokretnosti“, *E-press* br. 320, Beograd, 2010.
- Stojanović D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980.
- Stojanović D., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1981.
- Tuhr A., *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, zweiter Band erste Hälfte*, Berlin, 1957.
- Vizner B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 1978.
- Vodinelić V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2017.
- Von Savigny F.C., *Sistem des heutigen Römischen Rechts, Band III*, Berlin, 1904.
- Vujović I., *Prevara u savremenom ugovornom pravu*, doktorska disertacija, Beograd, 2009.
- Živković M., „O kvalitetu novijih građanskopravnih propisa u Srbiji“, *Pravni život*, br.1, Beograd, 2010.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DRAGAN VUJISIĆ
MILAN RAPAJIĆ

NEPRAVIČNE ODREDBE U POTROŠAČKIM UGOVORIMA U PRAKSI SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

U radu se analiziraju odredbe Direktive 93/13/ EEC o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima i praksa Suda pravde Evropske unije povodom tumačenja i zauzimanja konačnog stava o navedenim odredbama a povodom slučajeva koji su prvo izneti pred nacionalne sudove pojedinih država članica. Glavni cilj Direktive jeste jačanje položaja potrošača (što je i Sud pravde Evropske unije potvrdio u svojim pojedinim odlukama) kod sklapanja ugovora koji sadrže nepravične ugovorne odredbe a o kojima nije pojedinačno pregovarano. Direktiva navodi apstraktnu i opštu odredbu koja ističe tri uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se određena ugovorna klauzula kvalifikovala kao nepravična. To su: klauzula o kojoj se nije individualno pregovaralo, suprotnost načelu savesnosti i poštenja i značajna neravnoteža u pregovaračkim položajima. U radu se primećuje da pojedini kriterijumi nisu definisani već je sudovima država članica ostavljeno kao i Sudu pravde Evropske unije da autonomno procenjuju svaku odredbu ne zanemarujući okolnosti svakog konkretnog slučaja. Iz tog razloga najveći deo rada posvećen je sudskoj praksi nacionalnih sudova i Suda pravde Evropske unije u tumačenju nepravičnih klauzula u potrošačkim ugovorima.

Ključne reči: nepravične odredbe, Direktiva 93/13/ EEC o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima, načelo savesnosti i poštenja, Sud pravde Evropske unije

Prof. dr Dragan Vujisić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu,
e-mail: dvujisic@jura.kg.ac.rs.

Dr Milan Rapajić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu,
e-mail: mrapajic@jura.kg.ac.rs.

U V O D

Iako živimo u potrošačkom društvu, u ugovornim odnosima potrošači su slabija ugovorna strana. Da ne bi bilo povređeno temeljno načelo savesnosti i poštenja normativno inaugurisano u srpskom pravu članom 12 Zakona o obligacionim odnosima propisani su dodatni mehanizmi na nacionalnom nivou kroz Zakon o zaštiti potrošača iz 2021. godine i njegove prethodnike iz 2014, 2010. i 2005. godine, ali i kroz implementaciju evropskih pravnih vrednosti u ugovornim odnosima u domenu potrošačkog prava. Tema ovog rada bavi se praksom nacionalnih sudova i Suda pravde Evropske unije (u daljem tekstu: SPEU) povodom ugovaranja nepravičnih odredbi u potrošačke ugovore odnosno uklanjanjem takvih ugovora ili pojedinih njegovih klauzula koje su ocenjene od strane sudova kao nepravične iz pravnih poredaka država članica Evropske unije (u daljem tekstu: EU).

Različita zakonodavstva ali i pravna književnost ponudili su različitu terminologiju za nepravične ugovorne odredbe. U francuskom pravu i teoriji u upotrebi je termin abuzivne klauzule – *les clauses abusives*.¹ U italijanskom zakonodavstvu i doktrini najfrekventniji termin u upotrebi jeste onerozne klauzule – *clausule onerose*.² U engleskom pravu i pravnoj književnosti koristi se termin nepoštene ugovorne odredbe – *unfair contract terms*.³ U našoj teoriji obligacionog prava pojašnjeni su ovi termini iz francuskog, italijanskog i engleskog prava: „Izraz *oner*, *oneris* na latinskom jeziku znači teret, opterećenje. Njegova upotreba ima za cilj da ukaže na opterećujući, pogoršan položaj jedne strane u ugovornom odnosu u poređenju sa pozicijom koju bi imala prema dopunsko dispozitivnim zakonskim normama. Međutim to ne mora uvek biti slučaj. Ovakvim ugovornim odredbama može se samo poboljšati položaj jedne strane, dok položaj drugog ugovornika može ostati isti onakav kakav je inače prema opštim pravilima (...) Termin *abus* na francuskom jeziku znači zloupotreba. Dakle, njegovom upotrebom se potencira faktički element (...) zloupotreba ekonomske i psihološke, odnosno informativne nadmoćnosti jedne strane, čime se poboljšava njen položaj u ugovornom odnosu. U engleskom zakonodavstvu i literaturi, upotrebljava se termin nepoštene ugovorne odredbe (*unfair contract terms*). Izraz nepošten izražava ideju da je ugovorna odredba nametnuta jednom ugovorniku povredom obaveze razumnog uzimanja u obzir njegovih opravdanih interesa prilikom zaključenja ugovora ili, u duhu naše

¹ Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2006, 67.

² Mario Tenreiro, „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems“, *European Review of Private Law*, Vol. 3, 1995, 275.

³ Edwin Peel, *Treitel The Law of Contract*, Twelfth Edition, Sweet&Maxwell, London, 2007, 238.

pravne terminologije kršenjem pravne i moralne dužnosti savesnog i poštenog postupanja prilikom zaključenja ugovora. U pravnim porecima zemalja skandinavsko pravnog kruga uporebljava se izraz nerazumene ugovorne odredbe.⁴

U pozitivnom pravu Srbije, u upotrebi je termin nepravične odredbe. Tako u članu 143 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima, ukazuje se na odredbe koje „lišavaju drugu stranu da stavi prigovore ili na osnovu kojih gubi prava iz ugovora ili su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. U Zakonu o zaštiti potrošača iz 2021. godine u upotrebi je takođe termin nepravične ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima.

U zemljama država članica Evropske unije, koji regulišu pitanje nepoštenih odredbi, postoje razlikovanja koja se tiču stepena zaštite potrošača. Iz tog razloga, još na nivou Evropske zajednice, otpočeo je 70-ih godina 20. veka rad na direktivi, čiji bi cilj trebalo da bude utvrđivanje standarda pravičnosti u potrošačkim ugovorima. Tako godine 1993. na osnovu člana 94 i 95 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, usvojena je Direktiva 93/13/ EEC o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima. Direktiva je usvojena da bi se uskladilo ugovorno pravo država članica, a u vezi sa ništavošću nepravičnih opštih odredaba potrošačkih ugovora. Treba naglasiti da države članice mogu da donesu i da u njihovom pravnom poretku ostanu stroža pravila o nepravičnim odredbama od onih pravila koja su regulisana Direktivom. U tom smislu u teoriji se navodi da „Direktiva je od primarne važnosti za svakog evropskog potrošača koji želi prednosti koje pruža veliko tržište Evropske zajednice, a na čiju će zaštitu moći da računa nezavisno od mesta kupovanja dobara ili plaćanja usluga na zajedničkom tržištu zemalja članica Evropske zajednice.“⁵

U članu 3 stav 1 Direktive, definiše se pojam nepošteno ugovorne odredbe na sledeći način: „Ugovorna odredba ima se smatrati nepravičnom ako suprotno načelu savesnosti i poštenja uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača. Dakle, radi se o opštoj odredbi koja fundira tri bazična kriterijuma i koji moraju kumulativno biti ispunjeni da bi se radilo o nepoštenoj odredbi. To su sledeći kriterijumi: 1. ugovorna odredba mora biti takva da se o njoj nije pojedničano pregovaralo; 2. mora postojati značajna neravnoteža u pravima i obavezama ugovornih strana; 3. ugovorna odredba mora biti protivna načelu savesnosti i poštenja. S obzirom na to da je i opšta odredba apstraktna, u praksi su se pojavile teškoće u tumačenju ovih kriterijuma. U aneksu Direktive,

⁴ Zoran Vuković, „Nepravične ugovorne odredbe posebno u potrošačkim ugovorima“, magistarski rad, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, Kragujevac, 2012. godine, 9.

⁵ M. Tenreiro, *Et contrats, concurrence, consommation*, Les revues Europe, Paris, 1993, 32.

nabrojani su slučajevi koji se mogu, pod uslovom da ne prođu test pravičnosti, klasifikovati kao nepravične odredbe. To je takozvana siva lista. Ona je samo putokaz za ocenu da li su posredi u jednom potrošačkom ugovoru na snazi nepoštene odredbe. Ta lista ne predstavlja *numerus clausus*, s obzirom na to da nepravične odredbe mogu biti i druge koje ispune kumulativno pomenute uslove iz definicije nepoštene odredbe. Naglašavamo da je nacrt rešenja direktive sadržao takozvanu detaljnu crnu listu zabranjenih odredbi. S obzirom na poteškoće u praksi, koje su postojale i pre donošenja direktive, ali i postizanja saglasnosti oko konačnog teksta, crna lista je zamenjena navedenom sivom listom po odredbi koje mogu biti nepoštene. Države članice navedenu listu mogu da proširuju i da u Zakonima budu predviđene i druge klauzule označene kao nepravične. S obzirom na to da je nepoštenost odnosno nepravičnost odredbe definisana apstraktnom opštom normom i da je data siva, a ne crna lista, nije zagantovana u potpunosti pravna sigurnost. Upravo zbog toga Direktivom su navedeni dodatni kriterijumi koji pomažu da se odredi kada je jedna ugovorna odredba nepravična.

Tako će se ispitivati nepravičnost ugovorne odredbe, s obzirom na prirodu dobara i usluga na koje se ugovor odnosi (član 4 stav 1 Direktive). Uzimaju se u obzir sve bitne okolnosti koje su postojale u vreme zaključenja ugovora. Dakle, nisu važne kasnije okolnosti već momenat kada je zaključen ugovor. U Direktivi se navodi da ispitivanje nepravičnosti odredaba ne obuhvata predmet ili cenu, sve dok su te odredbe pisane jasnim ili razumljivim jezikom. To znači da se iz testa ispitivanja nepravičnosti izuzimaju bitni elementi ugovora, kada su oni pisani jasno, razumljivo i koliko su uočljivi. Čini nam se da je očividno da ova odredba ne pogoduje potrošačima. Naime, smatralo se da predmet i cenu treba prepustiti slobodnoj tržišnoj utakmici, a ne kontroli koju nameće ovaj akt. Direktiva je regulisala da su bitni elementi ugovora predmet i cena, ali s obzirom na to da je ovde reč o minimalnoj harmonizaciji države članice nisu obavezne da implementiraju ovu odredbu. To dalje implicira da nacionalna zakonodavstva mogu definisati koje odredbe predmeta ugovora i cene se smatraju nepravičnim, ukoliko ne prođu test pravičnosti iz člana 3 Direktive. Jedini zahtev koji Direktiva postavlja jeste, da su ugovorne odredbe sastavljene tako da su lako razumljive. Ovakav pristup za posledicu ima da i bitni elementi ugovora mogu biti ocenjivani testom ispitivanja nepravičnosti, ako nisu pisani na jasan i razumljiv način. To znači da je ovde postavljen zahtev transparentnosti, koji je podignut na nivo uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se odredbe o predmetu i ceni podvrgle testu pravičnosti. Direktivom se u članu 5 propisuje da ako je ugovor u pisanom obliku, tada njegove odredbe moraju biti na jednostavnom i lako razumljivom jeziku. U slučaju potrebe za tumačenjem, ono se vrši u smeru koji je najpovoljniji za potrošače. (Reč je o načelu *contra proferentem*

kojim je postavljeno pravilo o tumačenju spornih ugovornih odredbi.) U praksi, bez obzira na postojanje sive liste, javljaju se situacije koje nisu regulisane ili su nejasne, odnosno pružaju mogućnost za različita tumačenja. U tom smislu u radu smo se osvrnuli na postupanje sudova nacionalnih država kada tumače pojedine ugovorne odredbe, tražeći mišljenje od Suda pravde Evropske unije, koji ima bogatu praksu u tumačenju koje su odredbe nepravične i kako treba da postupaju sudovi država članica. Analizirana je praksa ove instance Evropske unije, odnosno uslovi pod kojima se ugovorna odredba može smatrati nepravičnom: da se o njoj nije pojedinačno pregovaralo, situacija koja potrošača stavlja u nepovoljniji položaj, odnosno kada je odredba protivna načelu savesnosti i poštenja.

Prvi kriterijum je u stvari ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo. Jedan od razloga zbog kojih je i sama Direktiva doneta ogleđa se u težnji da se regulišu standardni ugovori, oni koji se sreću u stalnoj poslovnoj praksi, a zaključuju na osnovu opšte ponude. Prvi nacrt Direktive, predviđao je sve vrste ugovora, ugovore po čijim odredbama se pre pojedinačno pregovaralo kao i one o čijim odredbama nije bilo pojedinačnog pregovaranja. Konačni tekst Direktive predviđa da se ona primenjuje samo na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo. U članu 3 stav 2 Direktive, određuje se kako će se odredba smatrati kao ona o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ako je donesena unapred, a potrošač nije mogao da utiče na njen sadržaj. „Činjenica kako se o pojedinačnim aspektima neke ugovorne odredbe, odnosno o pojedinoj ugovornoj odredbi pojedinačno pregovaralo, neće utjecati na mogućnost da se ostale odredbe ugovora proglase nepoštenim, ukoliko celokupna ocijena ugovora ukazuje kako se radi o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru. Dakle, najčešće se nepoštene klauzule nalaze u tipskim, adhezijskim ugovorima ili općim uvjetima poslovanja, na koje potrošač ne može utjecati.“⁶

Sledeći – drugi kriterijum jeste značajna neravnoteža u pregovaračim položajima. Ovde je reč o pravnom standardu kod koga se postavlja problem definisanja, jer je teško utvrditi koji su to elementi nužni za određivanje pojma neravnoteže u pregovorima. Kako Baretić ističe „... pojam neravnoteže ispituje se na činjenicama konkretnog slučaja, uzimajući u obzir odnos prava i obveza ugovornih strana. Ne uzima se u obzir svaki vid neravnoteže, već se zahtijeva da ona bude značajna. Ona koja je u tržišnim odnosima uobičajena ne bi se trebala uzimati u obzir, već samo one situacije koje izlaze iz uobičajenih okvira.“⁷

⁶ Ana Pošćić, „Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, 2006, 170.

⁷ Marko Baretić, *Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača* (Marko Baretić i dr.), Narodne novine, Zagreb 2003, 76–77.

Treći kriterijum koji je potrebno ispuniti jeste suprotnost načelu save-
snosti i poštenja. Direktiva ne definiše ovo načelo, s obzirom na to da je reč o
najuopštenijoj odredbi, koju uvek utvrđuje sud u konkretnom slučaju, zato je
direktivom i prepušteno pojedinim pravnim porecima, samostalno određivanje
sadržaja načela savestnosti i poštenja, koje se doduše u različitim pravnim siste-
mima različito i naziva. U italijanskom pravnom sistemu to je pojam dobre vere,
a u Velikoj Britaniji načelo savestnosti i poštenja nosi naziv razumnost. U našem
pravu, načelo savestnosti i poštenja je zahvaljujući višedecenijskoj primeni Za-
kona o obligacionim odnosima dosta komentarisano. Tako se navodi da teškoće
koje nastaju „sa ovim pojmom tek kad sud u konkretnoj odluci treba da navede u
čemu se sastoji načelo savestnosti i poštenja, koje pojedinosti iz činjeničnog stanja
zahtevaju uzimanje u obzir ovog načela. Najveća opasnost koja tu pretil, sadržana
je u stavu suda, koji se najčešće praktikuje, da govori uopšteno o savestnosti i
poštenju, što dovodi do pravne nesigurnosti, do „jurisprudencije po osećanju“ ili
do zamene ovog pojma drugim neodređenim pojmovima kao što su „pravičnost,
dobri običaji, krivica itd.“⁸

Načelo savestnosti i poštenja samo je blanketna norma, pomoću koje se na
konkretna činjenična stanja primenjuju drugi opštevažeći principi pravnog pore-
tka i etičke maksime. Normativni sadržaji načela savestnosti i poštenja su manje
određeni, a na onome ko ga primenjuje je uloga da sazna sadržane vrednosti u ovoj
opštoj normi i da za svoj stav izvuče odgovarajuće zaključke. Od stranaka se zahte-
va da postupajući po ovom načelu u ugovornim odnosima pokažu veće obzire od
onih koji se ne traže od subjekata koji nisu u ugovornom odnosu. Konkretno, za
subjekte u potrošakom ugovoru ili još preciznije za trgovca se traži da ima obzira
prema opravdanim interesima potrošača. Ovo načelo dakle daje samo pravac u
kome se traži odgovor na pitanje šta je dato pod posebnim okolnostima određenog
slučaja. Zahteva se, da se od slučaja do slučaja donosi sud o vrednosti iz kog treba
da se pronikne šta se u konkretnom slučaju smatra kao ponašanje u skladu sa ovim
načelom, odnosno ponašanje koje nije u skladu sa ovim načelom.

Možemo postaviti pitanje pravne posledice nepravilne odredbe u potrošač-
kim ugovorima na koju je u brojnim odlukama SPEU vodio računa. U članu 6 stav
1 Direktive, određeno je kako će države članice predvideti da nepravilne odredbe
u ugovorima koje zaključuju potrošač i trgovac neće obavezivati potrošača. Izriči-
to je bilo predviđeno prvim nacrtom Direktive da je u takvom slučaju nepoštena
ugovorna odredba ništava. Konačni tekst Direktive predviđa da takve odredbe neće
opterećivati potrošača. Bez obzira što to nije eksplicitno navedeno, ipak se smatra

⁸ Slobodan Perović (glavni redaktor), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1995, 11.

da je ovde reč o ništavoj odredbi, koja neće sporiti nameravane pravne posledice. Konačna pravna posledica nepravične Direktive, zavisi od nacionalnih sudova i SPEU kada se konkretan spor iznese pred ovaj sudski forum. Ukoliko i pored nepravične odredbe ugovor može da obavezuje stranke, on će ih obavezivati bez te odredbe. Treba ponovo ukazati na član 5 Direktive, koji propisuje da se dvosmislene i nerazumljive odredbe tumače u smislu koji je povoljniji za potrošača. Stoga se pravi distinkcija između situacije o kojoj se nije individualno pregovaralo, koja uzrokuje neravnotežu u datim obavezama i suprotna je načelu savesnosti i poštenja i, s druge strane, odredbe koja je netransparentna. „U prvom slučaju pravna posledica će biti ništavost odredbe, dok u drugom slučaju uzeće se u obzir tumačenje koje je povoljnije za potrošača. Po gledištu doktrine, ovdje je napravljen veliki propust. Za potrošača bi bilo mnogo bolje kada bi u slučaju kada odredba nije transparentna, predviđena sankcija bila ništavost.“⁹

Postavlja se pitanje da li potrošačima stoji na raspolaganju pravni mehanizam za prevenciju nepravičnih ugovornih odredaba. Članom 7 stav 1 Direktive je predviđeno je da države članice EU moraju da obezbede efikasna sredstva koja će sprečiti korišćenje nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima. Na osnovu stava 2 člana 7 Direktive predviđena je tužba koju može podneti potrošač ili udruženje potrošača protiv pojedinog trgovca ili više njih. Međutim nije objašnjeno na koji će način države to da ostvare. Navedenom normom je predviđeno da potrošači i njihova udruženja mogu pokrenuti pravne postupke pred sudovima odnosno organima uprave protiv trgovaca koji u svojoj poslovnoj praksi posezaju za upotrebom nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima.

PRAKSA NACIONALNIH SUDOVA DRŽAVA ČLANICA EVROPSKE UNIJE
I SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE POVODOM NEPRAVIČNIH
UGOVORNIH ODREDBI U POTROŠAČKIM UGOVORIMA

Abanca Corporación Bancaria SA & protiv Alberta Garcíje Salamance Santosa

i

*Bankia SA protiv Alfonsa Antonia Laua Mendoze,
Verónice Yuliane Rodríguez Ramírez¹⁰*

Alberto García Salamanca Santos ugovorom zaključenim 30. 5. 2008. dobio je zajam osiguran hipotekarnim jemstvom od bankarske institucije *Abance Corporación Bancaria* u iznosu od 100.000 eura, u periodu od 30 godina (predmet C-70/17).

⁹ Ana Pošćić, op. cit., 187.

¹⁰ C-70/17 i C-179/17, 26. mart 2019.

Odredba 6.a ugovora, koja se odnosi na njegov privremeni raskid, glasi: „Banka može, bez potrebe za opomenom, proglasiti zajam dospelim i zahtevati pred sudom otplatu ukupnog duga, kako dospelih iznosa tako i onih koji trebaju dospeti, uvećanih za kamate, zatezne kamate, izdatke i troškove, u sedećim slučajevima: (a) neplaćanje bilo koje rate, kamate ili amortizacije, uključujući i sve njene sastavne delove, ako stranke izričito zahtevaju upis te odredbe u zemljišne knjige, u skladu s čl. 693. Zakona br. 1/2000“.

Alberto García Salamanca Santos podneo je tužbu za ponišaj nadležnom španskom prvostepenom sudu, koja se odnosila na nekoliko odredbi ugovora, uključujući i odredbu 6.a, s obrazloženjem da su nepoštene. Sud je prihvatio tužbu i utvrdio ništavost, konkretno odredbe 6.a. Banka *Abanca Corporación Bancaria* podnela je žalbu protiv presude Provinciskom sudu u Pontevedri (Španija), koji ju je odbio, potvrđujući na taj način presudu donetu u prvom stepenu. Banka *Abanca Corporación Bancaria* podnela je, potom, žalbu u kasacionom postupku Vrhovnom sudu.

Vrhovni sud smatra, kao prvo, da je odredba 6.a nepoštena jer predviđa privremeno dospeće ugovora o hipotekarnom zajmu kada dužnik nije platio samo jednu mesečnu ratu. Sud nije siguran da li je moguće, s obzirom na čl. 6 st. 1 Direktive 93/13,¹¹ proglasiti ugovornu odredbu delimično nepoštenom održavajući na snazi deo te odredbe koji se ne smatra nepoštenim. On, u tom pogledu smatra, da isključivanje nepoštenog elementa ugovorne odredbe i održavanje na snazi ostatka njegova sadržaja, koji nije nepošten, nije revizija ugovora ili zamena ugovornog sadržaja. Pita se, nadalje, da li se protivi odredbama Direktive 93/13 dopunska primena odredbe nacionalnog prava radi omogućavanja sprovođenja postupka hipotekarnog izvršenja pokrenutog primenom odredbe o privremenom dospeću ugovora o zajmu, čiju je nepoštenost utvrdio nacionalni sud, kada se taj postupak smatra povoljnijim za potrošača od redovnog postupka izvršenja.

Vrhovni sud je odlučio prekinuti postupak i uputiti SPEU sledeća prethodna pitanja.

„1. Da li treba čl. 6. st. 1. Direktive 93/13 tumačiti na način da dopušta mogućnost da, kada nacionalni sud odlučuje o nepoštenosti odredbe o privremenom dospeću iz potrošačkog ugovora o hipotekarnom zajmu koja predviđa, uz ostale slučajeve dospeća zbog neplaćanja nekoliko mesečnih rata, dospeće zbog neplaćanja

¹¹ Čl. 6. st. 1. „Države članice utvrđuju da u ugovoru koji je prodavac robe ili pružalac usluge zaključio s potrošačem prema nacionalnom pravu nepoštene odredbe nisu obavezujuće za potrošača, a da ugovor u tim uslovima i dalje obavezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba.“

samo jedne mesečne rate, navedeni sud utvrdi nepoštenost samo dela ili samo slučaja dospeća zbog neplaćanja jedne mesečne rate i održi valjanim deo koji predviđa privremeno dospeće zbog neplaćanja nekoliko mesečnih rata koje je takođe predviđeno u odredbi, nezavisno o toga što konkretnu ocenu o valjanosti ili nepoštenosti treba odložiti do trenutka izvršavanja tog prava (utvrđenja prevremenog dospeća zajma)?

2. Da li može nacionalni sud u skladu s Direktivom 93/13, nakon što je utvrđena nepoštenost odredbe o privremenom dospeću ugovora o zajmu ili kreditu s hipotekarnim jemstvom – oceniti da je dopunska primena pravila nacionalnog prava, iako određuje početak ili nastavak postupka izvršenja protiv potrošača, povoljnija za potrošača od obustave posebnog postupka hipotekarnog izvršenja i dopustiti poveriocu da zahteva raskid ugovora o zajmu ili kreditu ili zatraži dugovane iznose, i posledično izvršenje osuđujuće presude, bez pogodnosti koje posebni postupak hipotekarnog izvršenja daje potrošaču?“

U predmetu C-179/17 *Verónica Yuliane Rodríguez Ramírez* i Alfonso Antonio Lau Mendoza zaključili su 22. 6. 2005. s bankom Bankia ugovor o hipotekarnom zajmu u iznosu od 188.000 eura, na period od 37 godina.

Odredba 6.a tog ugovora, predviđa „nezavisno od ugovorenog trajanja ugovora, banka poverilac može proglasiti zajam dospelim, smatrajući ga raskinutim i smatrajući dug privremeno dospelim u celosti, pogotovo u slučaju neplaćanja po dospeću jedne, nekoliko ili svih rata...“

Nakon što tuženi nisu platili 36. mesečnu ratu, banka Bankia podnela je zahtev Prvostepenom sudu u Barceloni za hipotekarno izvršenje na nekretnini pod hipotekom kao osiguranjem povraćaja datog zajma.

Prvostepeni sud navodi da prema praksi Vrhovnog suda, kada sud koji postupka u posebnom postupku hipotekarnog izvršenja utvrdi da se taj postupak zasniva na nepoštenoj odredbi koja između ostalog predviđa privremeno dospeće ugovora o zajmu u slučaju neplaćanja samo jedne mesečne rate, sud mora, umesto proglašavanja obustave na osnovu čl. 695 st. 1 i 3 LEC-a, nastaviti taj postupak. Taj rezultat postiže se zamenjivanjem takve odredbe pravilom iz čl. 693 st. 2 LEC-a,¹²

¹² Čl. 693. st. 2 LEC-a, u verziji koja je bila na snazi na dan potpisivanja ugovora: „Ukupna glavnica i kamate koje se duguju mogu se potraživati kada je dospeće celog duga ugovoreno za slučaj zakašnjenja s plaćanjem jedne od dospelih ugovorenih rata i kada je taj sporazum upisan u registar“.

Čl. 693. st. 2, LEC-a, koji se odnosi na privremeno dospeće dugova s obročnom otplatom, u verziji koja je stupila na snagu nakon potpisivanja ugovora: „Može se potraživati ukupni dug ako je dospeće celog zajma ugovoreno za slučaj neplaćanja najmanje triju mesečnih rata, a da dužnik nije ispunio svoju obavezu plaćanja, ili tolikog broja plaćanja da se smatra da dužnik nije izvršio svoju obavezu tokom perioda od najmanje tri meseca...“

koji omogućava privremeno dospeće zajma u slučaju neplaćanja najmanje triju mesečnih rata. Prema mišljenju prvostepenog suda, iz te sudske prakse proizlazi da obustava postupka podrazumeva da se banka može, nakon određivanja takve obustave, pozvati na čl. 1124 Građanskog zakonika koji omogućava podnošenje tužbe da sud koji odlučuje u postupku proglasi raskid ugovora.¹³ Sudska odluka izvršava se u redovnom postupku u kojem je moguće obuhvatiti svu imovinu dužnika, uključujući i njegovu nekretninu za stanovanje. Prvostepeni sud takođe navodi da, prema mišljenju Vrhovnog suda, kada je nekretnina pod hipotekom dužnikova nekretnina za stanovanje, posebni postupak hipotekarnog izvršenja sadrži, suprotno redovnom postupku izvršenja, više posebnosti namenjenih zaštiti dužnika. Među tim posebnostima nalaze se, konkretno, mogućnost da dužnik ishodi obustavu izvršenja na nekretnini, primenu najniže dopuštene cene ispod koje se dužnikova nekretnina za stanovanje ne može prodati na javnoj prodaji kao i mogućnost koja se priznaje dužniku da se oslobodi svog duga kada iznos dobijen od prodaje na javnoj prodaji nije dovoljan za namirenje celog potraživanja. S obzirom na te posebnosti, Vrhovni sud presudio je da je posebni postupak hipotekarnog izvršenja povoljniji za interese potrošača od redovnog postupka izvršenja koji bi se primenjivao nakon deklaratorne tužbe na osnovu čl. 1124 Građanskog zakonika. Međutim, prvostepeni sud sumnja u usklađenost sudske prakse Vrhovnog suda s čl. 6 i 7 Direktive 93/13.¹⁴ S jedne strane, on preispituje da li je postupak hipotekarnog izvršenja povoljniji u odnosu na sudski raskid ugovora o hipotekarnom zajmu na osnovu čl. 1124 Građanskog zakonika koji prati redovni postupak izvršenja. On s tim u vezi navodi da bi, u redovnom postupku izvršenja, potrošač mogao dobiti na vremenu i izbeći trenutno izbacivanje iz svoje nekretnine za stanovanje. Uz to, analiza sudske prakse Vrhovnog suda i čl. 1124 Građanskog zakonika otkriva da je, kada je reč o hipotekarnim zajmovima namenjenima za kupovinu nekretnine za stanovanje, relativno izgledno da će se odbiti deklaratorna tužba na osnovu čl. 1124

¹³ Čl. 1124 *Código Civil* (Građanski zakonik):

„Smatra se da postoji mogućnost raskida obaveza u slučaju uzajamnih obaveza kada jedna ugovorna strana ne izvrši svoje obaveze.

Oštećena strana može zahtevati izvršenje te obaveze ili njen raskid, pri čemu ima pravo na naknadu štete u oba slučaja. Čak i nakon što je odabrala izvršenje, oštećena strana može zahtevati raskid kada se izvršenje pokazalo nemogućim.

Sud će naložiti zatraženi raskid, osim ako postoje razlozi koji opravdavaju davanje roka za izvršenje obaveze.“

¹⁴ Čl. 6. st. 1. Direktive, u fn. 2. čl. 7. st. 1 Direktive 93/13: „U interesu potrošača i tržišnih konkurenata države članice osiguravaju da postoje primerena i delotvorna sredstva za sprečavanje stalnog korišćenja nepoštenih odredaba u ugovorima koji prodavci robe i pružaoci usluga zaključuju s potrošačima.“

Građanskog zakonika s obzirom na to da taj član nije primenjiv na ugovore o zajmu. Čak i ako bi se prihvatilo da se čl. 1124 Građanskog zakonika primenjuje i na ugovore o zajmu, prvostepeni sud navodi da se ne može isključiti mogućnost odbijanja tužbe za raskid ugovora, ako sud oceni opravdanim da dodeli rok dužniku, kako to izričito predviđa taj član. S druge strane, dopunska primena član 693 st. 2 LEC-a., umesto ugovorne odredbe koja je proglašena nepoštenom, bila bi, prema mišljenju prvostepenog suda, problematična na dva načina. Kao prvo, prema sudskoj praksi SPEU, nacionalni sud može zameniti nepoštenu odredbu dopunskom odredbom nacionalnog prava samo u „slučajevima u kojima nacionalni sud zbog utvrđivanja ništavosti nepoštene odredbe mora ugovor u celini utvrditi ništavim, izlažući time potrošača nepovoljnim posledicama“.¹⁵ Kao drugo, pod pretpostavkom da se dopunska primena čl. 693 st. 2 LEC-a, smatra primenjivom *in abstracto*, postojanje sporazuma između stranaka bio bi bitan uslov predviđen tom odredbom da bi se ona mogla primeniti. U ovom slučaju, takav bi sporazum proizlazio iz zaključenja ugovora o hipotekarnom zajmu, ali bi se upravo taj sporazum proglasio nepoštenim i ništavim.

Prvostepeni sud u Barseloni, odlučio je prekinuti postupak i uputiti SPEU sledeća prethodna pitanja:

„1. Da li je suprotna čl. 6. i 7. Direktive 93/13 sudska praksa Vrhovnog suda prema kojoj se, uprkos nepoštenosti odredbe o privremenom dospeću i iako se zahtev za izvršenju zasniva na toj odredbi, ne treba obustaviti postupak hipotekarnog izvršenja jer je njegovo nastavljanje pogodnije za potrošača, s obzirom na to da u okviru mogućeg izvršenja odluke donesene na osnovu čl. 1124. Građanskog zakonika potrošač ne bi imao pravo na procesnopravne pogodnosti svojstvene hipotekarnom izvršenju, ali ne uzimajući u obzir činjenicu da se, prema dobro ustaljenoj sudskoj praksi samog Vrhovnog suda, taj čl. 1124. Građanskog zakonika (predviđen za dvostranoobavezne ugovore) ne primenjuje na ugovor o zajmu, jer se radi o realnom i jednostrano obaveznom ugovoru koji je zaključen tek predajom novca i koji zato stvara obaveze samo za zajmoprimca, a ne i za zajmodavca (poverioca), zbog čega bi potrošač, ako se u deklaratornom postupku sledi ta

¹⁵ V. presudu *Unicaja Banco i Caixabank* (C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, EU:C:2015:21: „Član 6. stav 1. Direktive 93/13/EEZ treba tumačiti u smislu da mu nije protivna odredba nacionalnog prava u skladu s kojom nacionalni sud pred kojim je pokrenut hipotekarni izvršni postupak mora ponovno obračunati iznose koji se duguju na osnovu uslova u ugovoru o hipotekarnom zajmu koji predviđa zateznu kamatnu stopu koja je triput veća od zakonske stope, kako visina spomenute kamate ne bi prelazila tu gornju granicu, pod uslovom da primena te odredbe nacionalnog prava: ne ugrožava ocenu nepoštenosti takvog uslova koju obavlja sud i ne sprečava sud da spomenuti uslov izuzme iz primene ako utvrdi da je 'nepošten' u smislu člana 3. stava 1 Direktive.“

sudska praksa, mogao ishoditi odluku kojom se odbija zahtev za raskid i za naknadu štete nakon čega se više ne bi moglo tvrditi da je nastavak hipotekarnog izvršenja pogodniji za njega?

2. U slučaju da se dopusti primena čl. 1124. Građanskog zakonika na ugovore o zajmu ili na sve slučajeve ugovora o kreditu, da li se protivi čl. 6. i 7. Direktive 93/13 sudska praksa koja za ocenu da li je za potrošača pogodniji nastavak hipotekarnog izvršenja ili vođenje deklaratornog postupka na osnovu čl. 1124. Građanskog zakonika ne uzima u obzir činjenicu da se u tom deklaratornom postupku mogu odbiti zahtevi za raskid ugovora i za naknadu štete ako sud primeni odredbu iz čl. 1124. Građanskog zakonika prema kojoj 'sud nalaže zatraženi raskid, osim ako postoje razlozi koji opravdavaju davanje roka za izvršenje obaveze', uzimajući u obzir da je upravo u materiji dugoročnih zajmova i kredita osiguranih hipotekom za kupovinu nekretnina za stanovanje (20 ili 30 godina) relativno verovatno da će sudovi primeniti taj razlog za odbijanje, pogotovo kada konkretno neizvršenje obaveze plaćanja nije bilo vrlo značajno?

3. U slučaju da se prihvati da je za potrošača pogodniji nastavak hipotekarnog izvršenja s dejstvom privremenog dospeća, da li se protivi čl. 6. i 7. Direktive 93/13 sudska praksa koja dopunski primenjuje zakonsku odredbu (čl. 693. st. 2. LEC-a) iako se ugovor može održati bez odredbe o privremenom dospeću i koja priznaje dejstvo navedenoj odredbi iako nije ispunjen bitni uslov – da u ugovoru postoji valjan i delotvoran sporazum o privremenom dospeću, koji je upravo proglašen nepoštenim, ništavim i bez dejstva?“

Svojim pitanjima u predmetima C-70/17 i C-179/17, sudovi pitaju da li treba čl. 6. i 7. Direktive 93/13 tumačiti na način da se, kao prvo, kada se za odredbu o prevremenom dospeću ugovora o hipotekarnom zajmu utvrdi da je nepoštena, tu odredbu ipak može delimično održati na snazi, uklanjanjem elemenata koji je čine nepoštenom, i, kao drugo, može li se, u suprotnom slučaju, postupak hipotekarnog izvršenja pokrenut primenom te odredbe ipak nastaviti dopunskom primenom pravila nacionalnog prava, ako nemogućnost korišćenja tim postupkom može biti suprotna interesima potrošača.

Sistem zaštite uspostavljen Direktivom 93/13 zasniva se na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na poslovni subjekt kako u pogledu pregovaračke snage tako i u pogledu nivoa obaveštenosti – položaju koji vodi do pristanka na uslove koje je poslovni subjekt prethodno sastavio, bez mogućnosti uticaja na njihov sadržaj. S obzirom na takav slabiji položaj, Direktiva 93/13 obavezuje države članice da propišu mehanizam koji bi osigurao da bilo koja ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo može biti podvrgnuta ispitivanju kako bi se ocenilo da li je eventualno nepoštena. S tim u vezi, nacionalni je sud dužan utvrditi,

uzimajući u obzir kriterijume navedene u čl. 3 st. 1 Direktive 93/13,¹⁶ ispunjava li takva odredba, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, zahteve savesnosti i poštenja, ravnoteže i transparentnosti, kako ih postavlja direktiva. U ovom predmetu, iz utvrđenja sudova proizlazi da odredbe ugovora treba smatrati nepoštenim, jer se njima predviđa da finansijska ustanova može utvrditi dospeće ugovora i zahtevati povraćaj zajma kada dužnik ne plati jednu mesečnu ratu. U tom kontekstu, treba podsetiti da su, u skladu s čl. 6 st. 1 Direktive 93/13, sudovi obavezni izuzeti iz primene nepoštene odredbe kako one ne bi imale obavezujuće dejstvo na potrošača, osim ako se potrošač tome protivi. Dalje, prema ustaljenoj sudskoj praksi SPEU, čl. 6 st. 1 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da se toj odredbi protivi pravilo nacionalnog prava koje u slučaju kada nacionalni sud utvrdi ništavost nepoštene odredbe u ugovoru zaključenom između poslovnog subjekta i potrošača tom sudu omogućava dopunu ugovora uz izmenu sadržaja ugovorne odredbe.¹⁷ Stoga, kada bi nacionalni sud mogao izmeniti sadržaj nepoštenih odredbi u ugovoru, takva mogućnost mogla bi naštetiti ostvarenju dugoročnog cilja postavljenog čl. 7 Direktive 93/13. Naime, takva mogućnost pospešila bi gubitak preventivnog dejstva prema poslovnim subjektima do kojeg inače dolazi jednostavnim izuzimanjem nepoštenih odredbi od primene u odnosu na potrošača, s obzirom na to da bi poslovni subjekti ostali da koriste takve odredbe znajući da bi nacionalni sud, čak i kada bi ih morao proglasiti ništavim, mogao dopuniti ugovor koliko je potrebno da se zaštiti interes poslovnih subjekata.¹⁸ U ovom slučaju, jednostavno uklanjanje razloga ništavosti koji dovodi do nepoštenosti odredbi u ugovoru dovelo bi

¹⁶ Čl. 3. Direktive 93/13:

„1. Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uslovima o dobroj veri, na štetu potrošača prouzrokuje znatniju neravnotežu u pravima i obavezama stranaka, proizašlih iz ugovora.

2. Uvek se smatra da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je ona sastavljena unapred pa potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj, posebno u kontekstu unapred formulisanog standardnog ugovora.

¹⁷ Presuda *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, tač. 73: „Član 6(1) Direktive 93/13 mora se tumačiti da je u suprotnost da zakonodavstvo države članice dozvoljava da nacionalni sud, ako utvrdi ništavost nepoštene odredbe u ugovoru koji je prodavac ili pružalac usluge (trgovac) zaključio sa potrošačem, prilagodi navedeni ugovor izmenom sadržaja takve odredbe.“

¹⁸ Presuda *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, tač. 69: „... ako bi nacionalnom sudu bilo dozvoljeno da promeni sadržaj nepoštenih uslova, takva nadležnost bi mogla da ugrozi realizaciju dugoročnog cilja iz člana 7. Direktive 93/13. Ova nadležnost bi doprinela otklanjanju odvraćajućeg efekta za trgovce samo jednostavnim neprimenjivanjem takvih nepravednih uslova na potrošača, jer ovi prodavci ili provajderi bi nastavili da pokušavaju da koriste ove uslove ako su znali da nacionalni sud, ako ih proglasi nevažećim, ipak može da izmeni ugovor u meri koja je neopodno da bi se osigurao interes tih trgovaca.“

do revizije sadržaja tih odredbi utičući na njihovu suštinu. Stoga se ne može prihvatiti delimično zadržavanje tih odredbi, jer bi se mogla direktno naneti šteta preventivnom dejstvu.

Međutim, SPEU je već presudio da ne proizlazi da se, u situaciji kada se ugovor zaključen između poslovnog subjekta i potrošača ne može održati nakon uklanjanja nepoštene odredbe, članu 6 st. 1 Direktive 93/13 protivi to da nacionalni sud, primenom načela ugovornog prava, ukloni nepoštenu odredbu zamjenjujući je dopunskom odredbom nacionalnog prava u situacijama u kojima nacionalni sud zbog utvrđivanja ništavosti nepoštene odredbe mora ugovor u celosti utvrditi ništavim, izlažući time potrošača za njega nepovoljnim posledicama, na način da se time kažnjava.¹⁹ S tim u vezi, SPEU je presudio da je takva zamena u potpunosti opravdana s obzirom na cilj Direktive 93/13. Naime, ona je u skladu s ciljem čl. 6 st. 1 Direktive 93/13, s obzirom na to da je njen cilj zameniti formalnu ravnotežu koju ugovor uspostavlja između prava i obaveza ugovornih stranaka stvarnom ravnotežom kojom se ponovno uspostavlja jednakost između njih, a ne dovesti do utvrđivanja ništavosti svih ugovora s nepoštenim odredbama.²⁰

Kada ne bi bilo dopušteno nepoštenu odredbu zameniti dopunskom odredbom nacionalnog prava, tako da bi sud morao celi ugovor utvrditi ništavim, potrošač bi mogao biti izložen posebno štetnim posledicama, na način da bi bila ugrožena odvrtaćuća funkcija utvrđivanja ništavosti takvog ugovora. Naime, kada je reč

¹⁹ V. presudu od 30. 4. 2014, *Kásler i Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282: „... ne protivi se članu 6. stav 1 Direktive 93/13 ako nacionalni sudija na osnovu načela ugovornog prava ukloni nepoštenu odredbu zamjenjujući je dispozitivnom odredbom nacionalnog prava“ (tač. 80); „S druge strane, kada ne bi bilo dopušteno nepoštenu odredbu zamieniti dispozitivnom odredbom te bi sudija morao celi ugovor utvrditi ništavim, potrošač bi mogao biti izložen posebno štetnim posledicama tako da bi bila ugrožena preventivna funkcija utvrđivanja takvog ugovora ništavim“ (tač. 83). Naime, utvrđenje ništavosti ima za posledicu neposredno dospeće na naplatu preostalog iznosa kredita koji bi svojom veličinom mogao nadići finansijsku sposobnost potrošača pa bi ono imalo pre za cilj sankcioniranje potrošača, a ne davanja kredita koji se takvim postupanjem ne bi odvrtilo od stavljanja takvih odredbi u ugovore koji su deo njegove ponude“ (tač. 84).

²⁰ V. presudu od 30. 4. 2014, *Kásler i Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282: „zamena nepoštene odredbe takvom odredbom za koju se, kako proizlazi iz trinaeste uvodne izjave Direktive 93/13, pretpostavlja da ne sadrži nepoštene odredbe potpuno je opravdana s obzirom na cilj Direktive 93/13 jer se njome postiže to da se ugovor može održati na snazi uprkos uklanjanju nepoštene odredbe tako da ugovor i dalje obvezuje stranke“ (tač. 81). „Zamena nepoštene odredbe ugovora dispozitivnom odredbom nacionalnog prava u skladu je s članom 6. stavom 1. Direktive 93/13, s obzirom na to da ta odredba ima za cilj zameniti ugovorom utvrđenu formalnu ravnotežu između prava i obaveza ugovornih stranaka stvarnom ravnotežom kojom se ponovno uspostavlja jednakost stranaka, a nema za cilj učiniti sve ugovore s nepoštenim klauzulama ništavim“ (tač. 82).

o ugovoru o zajmu, takvo utvrđivanje ništavosti dovelo bi u načelu do neposrednog dospeća na naplatu preostalog iznosa zajma koji bi svojom veličinom mogao prevazići finansijsku sposobnost potrošača pa bi zbog toga ono imalo pre za cilj sankcionisanje potrošača, a ne davaoca zajma koji se takvim postupanjem ne bi odvratio od stavljanja takvih odredbi u ugovore.

Treba zaključiti da, u situaciji u kojoj se ugovor o hipotekarnom zajmu zaključen između poslovnog subjekta i potrošača ne može održati nakon uklanjanja nepoštene odredbe čiji je tekst inspirisan zakonskom odredbom primenjivom u slučaju sporazuma ugovornih stranaka, čl. 6 st. 1 Direktive 93/13 ne treba tumačiti na način da mu se protivi da nacionalni sud, radi izbegavanja ništavosti ugovora, zameni tu odredbu novim tekstom referentne zakonske odredbe, jer bi utvrđivanje ništavosti ugovora potrošača izložilo posebno štetnim posledicama.

U ovim predmetima, ugovori se odnose na, kao prvo, dodelu zajmova od strane banke i, kao drugo, osnivanje hipotekarskih jemstava u vezi s tim zajmovima. Odredbe koje su inspirisane tekstem čl. 693 st. 2 LEC-a, u verziji koja je bila na snazi na dan potpisivanja tih ugovora, u suštini omogućavaju banci proglašenje dospeća zajma i zahtevanje plaćanja ukupnog dugovanog iznosa u slučaju neplaćanja bilo koje mesečne rate. Na sudovima je da provere, u skladu s pravilima nacionalnog prava i na osnovu objektivnog pristupa,²¹ da li bi uklanjanje tih odredbi dovelo do toga da se ugovori o hipotekarnom zajmu ne mogu održati. U tom slučaju, na sudovima je da ispitaju da li bi utvrđivanje ništavosti ugovora o hipotekarnom zajmu izložilo potrošače posebno štetnim posledicama. S tim u vezi, iz odluka kojima se upućuje zahtev za prethodnu odluku proizlazi da bi takvo utvrđivanje ništavosti moglo uticati, konkretno, na procesnopravna pravila nacionalnog prava prema kojima banke mogu potraživati, u sudskom postupku, ukupan iznos ostatka zajma koji duguju potrošači. Stoga, u slučaju utvrđivanja ništavosti ugovora o hipotekarnom zajmu, naplatu potraživanja banaka treba izvršiti u redovnom postupku izvršenja, dok se, kada se ti ugovori održavaju na snazi zamenjivanjem nepoštene odredbe novom verzijom čl. 693 st. 2 LEC-a, omogućavajući prevremeno dospeće tih istih ugovora nakon što dužnik zakasni s plaćanjem barem tri mesečne rate, i dalje primenjuje poseban postupak hipotekarnog izvršenja. Ta dva postupka se posebno razlikuju u tome što poseban postupak

²¹ Presuda *Pereničová i Perenič*, C-453/10, EU:C:2012:144, tač. 32: „Što se tiče kriterijuma za procenu da li ugovor zaista može da nastavi da postoji bez nepoštenih uslova, mora se primetiti da se i formulacija člana 6(1) Direktive 93/13 i zahtevi koji se odnose na pravnu sigurnost privrednih aktivnosti, navode da favorizuju objektivni pristup u tumačenju te odredbe, tako da se, situacija jedne od ugovornih strana, u ovom slučaju potrošača, ne može smatrati odlučujućim kriterijumom koji određuje sudbinu ugovora.“

hipotekarnog izvršenja na nekretnini za stanovanje karakteriše mogućnost da dužnik oslobodi nekretninu pod hipotekom do dana otvaranja javne prodaje polaganjem dugovanih iznosa, mogućnost ishoda delimičnog otpusta duga, kao i garancija da se nekretnina pod hipotekom neće prodati po ceni nižoj od 75% njene procenjene vrednosti.

Pogoršanje položaja potrošača, zbog korišćenja redovnog postupka izvršenja umesto posebnog postupka hipotekarnog izvršenja, relevantno je u okviru ocene posledica utvrđivanja ništavosti predmetnih ugovora, i u skladu s onim što je utvrđeno u tač. 59 presude,²² stoga može opravdati, jer potrošače izlaže posebno štetnim posledicama, to da sudovi zamene nepoštene odredbe verzijom čl. 693 st. 2 LEC-a koja je stupila na snagu nakon potpisivanja ugovora. Međutim, budući da su karakteristike tih postupaka izvršenja isključivo u sferi nacionalnog prava, na samim sudovima je da sprovedu s tim u vezi potrebne provere i upoređenja.

Ako sudovi dođu do zaključka da se ugovori o hipotekarnom zajmu mogu održati bez nepoštenih odredaba, na njima je da izuzmu iz primene te odredbe, osim ako se potrošač tome protivi, posebno kada smatra da bi hipotekarno izvršenje sprovedeno na osnovu takve odredbe za njega bilo povoljnije od izvršenja koje se sprovodi redovnim putem. Naime, ugovor se u načelu mora održati bez ikakve izmene osim one koja proizlazi iz uklanjanja nepoštenih odredbi, ako je takav kontinuitet ugovora pravno moguć prema pravilima nacionalnog prava.

SPEU presudio je da treba odgovoriti da čl. 6 i 7 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da im se, s jedne strane, protivi to da se odredba o prevremenom dospeću ugovora o hipotekarnom zajmu za koju se utvrdi da je nepoštena delimično održi na snazi, uklanjanjem elemenata koji je čine nepoštenom, kada bi takvo uklanjanje dovelo do revizije sadržaja takve odredbe utičući na njenu suštinu, i da se tim članovima, s druge strane, ne protivi to da nacionalni sud otkloni ništavost nepoštenih odredbi zamenjujući je novim tekstom zakonske odredbe koji je inspirisao tu odredbu, primenjivim u slučaju sporazuma ugovornih stranaka, kada se predmetni ugovor o hipotekarnom zajmu ne može održati u slučaju uklanjanja te nepoštenih odredbi, i kada utvrđivanje ništavosti celog ugovora potrošača izlaže posebno štetnim posledicama.

²² U situaciji u kojoj se ugovor o hipotekarnom zajmu zaključen između poslovnog subjekta i potrošača ne može održati nakon uklanjanja nepoštenih odredbi čiji je tekst inspirisan zakonskom odredbom primenjivom u slučaju sporazuma ugovornih strana, član 6. st. 1 Direktive 93/13 ne treba tumačiti na način da mu se protivi da nacionalni sud, radi izbegavanja ništavosti ugovora, zameni tu odredbu novim tekstom te referentne zakonske odredbe uvedene nakon zaključenja ugovora jer bi utvrđivanje ništavosti ugovora potrošača izložilo posebno štetnim posledicama.“

*Aqua Med sp. z o.o. protiv Irene Skóre*²³

Aqua Med je trgovac (prodavac robe odnosno pružalac usluga) sa sedištem u Opalenici (Poljska). 29. 10. 2016. zaključio je kupoprodajni ugovor van poslovnih prostorija s *I. Skórom*, potrošačicom, koja ima domicil u Legnici (Poljska), a čiji su predmet bili madrac, obloga za madrac i jastuk, po ceni od 1.992 poljske zlate (oko 465 evra).

Prema odredbi 9. 4. opštih uslova, koji su sastavni deo ugovora, „za odlučivanje u sporovima između stranaka nadležan je sud koji je nadležan na osnovu merodavnih odredbi“.

Budući da nije primio kupoprodajnu cenu u određenom roku, *Aqua Med* je podneo tužbu Opštinskom sudu u *Nowym Tomyślu* (Poljska), na čijem području ima sedište. Smatra da spor potpada pod mesnu nadležnost tog suda na osnovu čl. 34 Zakonika o parničnom postupku, prema kome se tužba radi izvršenja ugovora podnosi sudu mesta njegovog izvršenja. Prema mišljenju društva *Aqua Med*, plaćanje je u skladu s čl. 454 Građanskog zakonika trebalo izvršiti uplatom na njegov bankovni račun, u njegovu sedištu.²⁴

Rešenjem od 18. 10. 2017. Opštinski sud proglasio se nenadležnim po službenoj dužnosti i uputio predmet opštinskom sudu na čijem se području nalazi domicil tuženika. Naveo je da, s obzirom na to da je reč o ugovoru između trgovca i potrošača, treba primeniti ne samo nacionalno pravo, nego i pravo Unije u području zaštite potrošača, posebno čl. 6 st. 1 Direktive 93/13,²⁵ kao i sudsku praksu SPEU, iz koje proizlazi da nacionalni sudovi imaju obavezu po službenoj dužnosti ispitati nepoštene odredbe u okviru ugovora koje su trgovci zaključili s potrošačima, uključujući odredbe o sudskoj nadležnosti.²⁶ Stoga je ovaj sud smatrao da čl. 202 Zakonika o parničnom postupku, koji ne dopušta da sud kojem je podnesena tužba ispituje nadležnost po službenoj dužnosti, u praksi onemogućava ili preterano

²³ C-266/18, 3. 4. 2019.

²⁴ Član 454 Građanskog zakonika:

„1. Ako mesto ispunjenja obaveze nije određeno i ne proizlazi iz prirode obaveze, ispunjenje treba izvršiti u mestu gde je, u trenutku nastanka obaveze dužnik imao domicil ili sedište. Međutim, novčanu obvezu treba ispuniti u mestu u kome poverilac ima domicil ili sedište u trenutku ispunjenja obaveze; ako je poverilac promenio domicil ili sedište nakon nastanka obaveze, snosi dodatne troškove pošiljke koji nastanu zbog te promene.

2. Ako se obaveza odnosi na dužnikovo ili poveriočevo preduzeće, mesto ispunjenja obaveze određuje se prema sedištu poduzeća.“

²⁵ V. fn. 2.

²⁶ V. presudu, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350.

otežava ostvarivanje pravne zaštite koju potrošačima priznaje pravo Unije.²⁷ Na osnovu tog ispitivanja po službenoj dužnosti, Opšinski sud u *Nowym Tomyślu* ispitao je svoju mesnu nadležnost i ocenio da je nepoštenu ugovorna odredba koja omogućuje primenu nacionalne odredbe prema kojoj trgovac može podneti tužbu protiv potrošača pred sudom na čijem području se nalazi sedište tog trgovca. Stoga je Opšinski sud u *Nowym Tomyślu* primenio zakonsku odredbu, to jest čl. 27 st. 1 Zakona o parničnom postupku, koja uređuje opšu sudsku nadležnost, prema kojoj je mesno nadležan sud na čijem se području nalazi domicil tuženika.²⁸

Aqua Med podneo je žalbu protiv rešenja prvostepenog suda Okružnom sudu u Poznanju, pri čemu je istakao povredu nacionalnog propisa i pogrešnu primenu čl. 6 st. 1 Direktive 93/13.

Taj je sud izrazio sumnje u vezi s primenom Direktive 93/13 jer ona upućuje na nacionalne odredbe koje su primenjive nezavisno od njenog postojanja. Ako bi sud kojem je podnesena tužba ispitivao svoju mesnu nadležnost po službenoj dužnosti to bi dovelo do kritičkog ispitivanja nacionalnog propisa u pogledu određivanja te nadležnosti u sporovima koji se odnose na potrošačke ugovore. U tom kontekstu, Okružni sud pita se da li daje pravo Unije nacionalnim sudovima takvo ovlašćenje i proizlazi li ono iz odredaba Direktive 93/13. U slučaju potvrdnog odgovora, na Okružnom sudu je da ostavi neprimenjen nacionalni zakon, za koji smatra da je suprotan odredbama prava Unije i da primeni pravilo koje je povoljnije za potrošača, u ovom slučaju ono opše, koje daje nadležnost sudu na čijem se području nalazi domicil tuženika.

U tim je okolnostima Okružni sud u Poznanju odlučio prekinuti postupak i uputiti SPEU sledeća prethodna pitanja:

„1. Da li treba nadzor, koji nacionalni sud sprovodi po službenoj dužnosti, odredbi ugovora zaključenog s potrošačem u pogledu pitanja određivanja suda nadležnog za odlučivanje o sporu, a koji se zasniva na čl. 6. st. 1. Direktive 93/13 i sudskoj praksi SPEU takođe uključivati takve odredbe ugovora, koje doduše

²⁷ Član 202. Zakonika o parničnom postupku: „Nenadležnost suda koja se može otkloniti na osnovu ugovora sklopljenog između stranaka, sud ispituje samo u slučaju tuženikovog prigovora, koji je podnesen i odgovarajuće obrazložen, pre stupanja u spor o meritumu predmeta. Sud takođe ne ispituje po službenoj dužnosti tu nenadležnost pre dostave akta kojim se pokreće postupak. Ako posebna odredba ne određuje drugačije, okolnosti koje opravdavaju odbacivanje tužbe, kao i nepravilnosti u postupku, nedostatak odgovarajućeg imenovanja zastupnika, nedostatak pravne sposobnosti tuženika, nepotpunost njegovih organa ili neaktivnost zakonskog zastupnika, sud može ispitati po službenoj dužnosti u bilo kojoj fazi postupka.“

²⁸ Član 27. st. 1 Zakona o parničnom postupku: „Tužba se podnosi pred prvostepenim sudom na čijem području tuženik ima domicil.“

uređuju nadležnost suda za odlučivanje o sporu između stranaka, ali samo na način da se njima upućuje na odredbe nacionalnog prava?

2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, treba li nadzor koji sud sprovodi dovesti do takve primene pravila o nadležnosti da potrošaču bude zagarantovana zaštita koja proizlazi iz sadržaja Direktive 93/13, a time i mogućnost da o predmetu odlučuje sud koji se nalazi najbliže stalnom boravištu potrošača?“

Okružni sud u Poznanju svojim prvim pitanjem u osnovi pita da li treba čl. 1 st. 2 Direktive 93/13 tumačiti na način da je iz područja primene te direktive isključena ugovorna odredba koja u pogledu određivanja sudske nadležnosti za odlučivanje u sporovima između ugovornih stranaka upućuje na merodavno nacionalno pravo. Član 1 st. 2 Direktive 93/13, koji se odnosi na odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba, uvodi isključenje iz područja njene primjene, uz ispunjenje dva uslova. S jedne strane, ugovorna odredba mora biti odraz zakonske ili regulatorne odredbe, a, s druge strane, ta odredba mora biti imperativna.²⁹

Iako je na nacionalnom sudu da u svakom pojedinačnom slučaju proveri da li su ti uslovi ispunjeni, na SPEU je da utvrdi kriterijume koji će mu omogućiti donošenje odluke. Stoga u skladu s ustaljenom sudskom praksom SPEU, isključenje iz područja primjene te direktive predviđeno u čl. 1 st. 2 obuhvata odredbe nacionalnog prava koje se primenjuju između ugovornih stranaka nezavisno od njihove volje i odredbe koje se redovno primenjuju, odnosno koje se primenjuju kada u tom pogledu ne postoji drukčiji dogovor stranaka. To je isključenje opravdano činjenicom da se može pretpostaviti da je nacionalni zakonodavac uspostavio ravnotežu između svih prava i obaveza stranaka u određenim ugovorima, a koju je zakonodavac Unije izričito nameravao očuvati.³⁰ Osim toga, nacionalni sud mora voditi računa o tome da, posebno s obzirom na cilj navedene direktive odnosno zaštitu potrošača od nepoštenih odredbi u ugovorima koje su trgovci zaključili s njima, izuzetak uspostavljen čl. 1 st. 2 Direktive 93/13 treba tumačiti usko.³¹

²⁹ Član 1. st. 2 Direktive 93/13: „Ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba ne podležu odredbama ove Direktive.“

³⁰ V. presudu, *Banco Santander i Escobedo Cortés*, C-96/16 i C-94/17, EU:C:2018:643, tač. 43: „Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, kao što to proizlazi iz trinaeste uvodne izjave Direktive 93/13, isključenje iz područja primene Direktive, propisani članom 1. stav 2, obuhvata odredbe nacionalnog prava koje se primenjuju između ugovornih stranaka nezavisno od njihove volje i odredbe koje se redovno primenjuju, odnosno koje se primenjuju kada u tom pogledu ne postoji drukčiji dogovor stranaka. To je isključenje opravdano činjenicom da se može pretpostaviti da je nacionalni zakonodavac uspostavio ravnotežu između svih prava i obaveza stranaka u određenim ugovorima, a koju je zakonodavac Unije izričito nameravao očuvati.“

³¹ V. presudu, *OTP Bank i OTP Factoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, tač. 54: „...pak, Sud je također presudio da nacionalni sud mora voditi računa o tome da, osobito s obzirom na cilj navedene

Iz utvrđenja Okružnog suda u Poznanju proizlazi da je ugovorna odredba o kojoj je reč sastavljena vrlo uopšteno, tako da se, s jedne strane, može postaviti pitanje njene korisnosti, jer ona upućuje na nacionalne odredbe, koje se, kao što to pojašnjava ovaj sud, primjenjuju nezavisno od postojanja te odredbe. S druge strane, navedena odredba zapravo nije odraz posebne nacionalne odredbe, s obzirom na to da nacionalne odredbe na koje ona upućuje propisuju skup pravila kojima su uređeni načini određivanja sudske nadležnosti, pri čemu trgovac uvek može izabrati onu koja je za njega povoljnija.

Iako odredba upućuje na nacionalno zakonodavstvo, pretpostavka prema kojoj je nacionalni zakonodavac uspostavio ravnotežu između svih prava i obaveza stranaka u određenim ugovorima ne može opravdati isključenje te odredbe iz područja primjene Direktive 93/13. Naime, u takvom je slučaju reč o oceni formulacije te ugovorne odredbe i njenim učincima na potrošačeva očekivanja. Uzimajući u obzir usko tumačenje izuzetka u čl. 1 st. 2 Direktive 93/13, sledi da se odredba iz ovog predmeta, ne može razumeti na način da samo preuzima nacionalnu odredbu.

Proizlazi da čl. 1 st. 2 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da iz područja primene direktive nije isključena ugovorna odredba koja u vezi s određivanjem sudske nadležnosti za odlučivanje u sporovima između ugovornih stranaka uopšteno upućuje na merodavno nacionalno pravo.

Drugim pitanjem Okružni suda pita da li treba čl. 7 st. 1 Direktive 93/13 tumačiti na način da mu se protive pravila na koja upućuje ugovorna odredba, a koja trgovcu omogućuje da u slučaju tužbe zbog navodnog neispunjenja ugovorne obaveze potrošača bira između nadležnog suda u kojem tuženi ima domicil ili nadležnog suda mesta izvršenja ugovora.

Prema čl. 7 st. 1 Direktive 93/13 u vezi s njenom 24. uvodnom izjavom, u interesu potrošača i tržišnih konkurenata, države članice obezbeđuju da postoje primerena i efikasna sredstva za sprečavanje stalnog korišćenja nepoštenih odredaba u ugovorima koji trgovci zaključuju s potrošačima.

Kad je reč o mesnoj nadležnosti za odlučivanje u sporovima između trgovaca i potrošača, Direktiva 93/13 ne sadrži izričitu odredbu kojom se određuje nadležni sud. U načelu, pravo Unije ne usklađuje postupke primenjive na ocenu navodne nepoštenosti ugovorne odredbe i da su oni stoga deo nacionalnog pravnog poretka država članica, pod uslovom da nisu manje povoljni od onih koji uređuju slične situacije na koje se primenjuje nacionalno pravo (načelo ekvivalentnosti)

direktive, odnosno zaštitu potrošača od nepoštenih odredbi u ugovorima koje su prodavatelji robe ili pružatelji usluga sklopili s njima, iznimku uspostavljenu člankom 1. stavkom 2. iste direktive treba tumačiti usko.“

i da se njima uspostavlja efikasna sudska zaštita. U pogledu prava na efikasnu sudsku zaštitu, ona mora važiti, kako u području određivanja sudova koji su nadležni za tužbe zasnovane na pravu Unije tako i što se tiče utvrđivanja procesnih pravila vezanih uz takve tužbe.

Nacionalni sud u tom kontekstu mora oceniti obezbeđuje li nacionalna procesnopravna odredba pravo na efikasnu sudsku zaštitu i izvršiti tu ocenu uzimajući u obzir mesto te odredbe u postupku kao celini, njegovo odvijanje i njegove posebnosti pred različitim nacionalnim telima. Stoga je važno proveriti u kojoj meri odredbe nacionalnog prava koje se odnose na sudsku nadležnost preterano ograničavaju pravo potrošača na efikasnu sudsku zaštitu ili izvršavanje prava koja su im dodeljena Direktivom 93/13.

U načelu, nacionalna odredba koja alternativno predviđa nadležnost suda mesta izvršenja potrošačkog ugovora sama po sebi ne može dovesti do preteranog ograničenja prava potrošača na efikasnu sudsku zaštitu. Naime, takva nadležnost ne isključuje mogućnost da potrošač učestvuje u postupku koji je protiv njega pokrenut i da istakne prava koja ima na osnovu Direktive 93/13. Osim toga, svi sudovi moraju po službenoj dužnosti ispitati nepoštenost odredaba iz ugovora između trgovca i potrošača i preduzeti potrebne mere za obezbeđenje zaštite potrošača od nepoštenih odredbi. Međutim, među primerenim i efikasnim sredstvima kojima se potrošaču obezbeđuje efikasna sudska zaštita mora biti i mogućnost učestvovanja u okviru postupka koji je protiv njega pokrenuo trgovac, u razumnim procesnim uslovima, tako da za izvršavanje njegovih prava nisu propisani uslovi, posebno u pogledu rokova ili troškova, koji sprečavaju izvršavanje prava zajamčenih Direktivom 93/13.³² Pravila koja za potrošača prouzrokuju prevelike troškove mogla bi za posledicu imati da ga odvrate od toga da efikasno brani svoja prava pred sudom kojem je trgovac podneo tužbu. To bi moglo biti ako bi npr. podnošenje tužbe sudu koji je previše udaljen od njegova domicila potrošaču prouzrokovalo prevelike troškove putovanja što ga može odvratiti od upuštanja u postupak koji je protiv njega pokrenut.

Član 7 st. 1 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se ne protive pravila, na koja upućuje ugovorna odredba, a koja trgovcu omogućuju da u slučaju tužbe zbog navodnog neispunjenja ugovorne obaveze potrošača, bira između nadležnog suda u kojem tuženik ima domicil ili nadležnog suda mesta izvršenja

³² V. presudu, *Profi Credit Polska*, C-176/17, EU:C:2018:711, tač. 63: „Među primerenim i delotvornim sredstvima kojima se potrošačima jamči delotvorna sudska zaštita mora biti i mogućnost podnošenja tužbe ili podnošenja prigovora u razumnim procesnim uslovima, tako da za ostvarivanje njihovih prava nisu propisani uslovi, posebno u pogledu rokova ili troškova, koji sprečavaju ostvarivanje prava zajamčenih Direktivom 93/13.“

ugovora, osim ako izbor mesta izvršenja ugovora ne prouzrokuje za potrošača takve procesne uslove koji mogu preterano ograničiti njegovo pravo na delotvornu sudsku zaštitu, što je na nacionalnom sudu da proveriti.

*EOS KSI Slovensko s. r. o. protiv Jána Danka, Margite Danková*³³

J. Danko je 24. 10. 2005. godine sa *Všeobecná úverová* bankom a. s. zaključio obnovljiv ugovor o potrošačkom kreditu za iznos od 30.000 slovačkih kruna (SKK) (oko 995 evra). Davalac kredita je potom svoje potraživanje ustupio društvu EOS, koje obavlja delatnost naplate potraživanja.

U ugovoru o potrošačkom kreditu nije naznačena EKS već samo matematičku jednačinu za izračunavanje EKS-a, i nije sadržavao elemente koji su potrebni za to izračunavanje.

Pozivajući se na to da je korisnik kredita povredio navedeni ugovor, društvo EOS je Opšinskom sudu u *Humennéu* (Slovačka) podneo tužbu kojom traži isplatu iznosa od 1.123,12 evra, uvećanog za zateznu kamatu po stopi od 9,5%. EOS je zatražio izdavanje platnog naloga u skladu s čl. 172 st. 1 Zakonika o parničnom postupku,³⁴ pri čemu taj ubrzani postupak obeležava činjenica da se meritorna odluka donosi bez održavanja rasprave, bez izvođenja dokaza i isključivo na osnovu tvrdnji tužioca. Opšinski sud je 24. 8. 2012. izdao zatraženi platni nalog. Taj nalog nije izdao sudija, nego službenik suda. Sud nije uzeo u obzir činjenicu da u ugovoru o kreditu nije bio naznačen EKS niti je ispitao eventualno nepoštenu prirodu ugovornih odredaba. Slovačko udruženje za zaštitu potrošača (HOOS), intervenijent na strani *J. Danka* i *M. Danková*, podnelo je prigovor protiv platnog naloga. Rešenjem od 17. 1. 2013. Opšinski sud odbio je prigovor s obrazloženjem da nisu ispunjeni uslovi da bi HOOS mogao intervenisati u postupak s obzirom na to da potrošač nije lično podneo prigovor. Odlučujući povodom žalbe koju je podneo HOOS, Okružni sud u Prešovu je rešenjem od 30. 9. 2013. ukinuo rešenje Opšinskog suda i naložio mu da zakaže raspravu, izvede dokaze i ponovo odluči o meritumu spora nakon što sprovede sudski nadzor nad ugovornim odredbama ugovora o kreditu. Okružni sud prihvatio je HOOS-ov prigovor s obrazloženjem da je on

³³ C-448/17, 20. septembar 2018.

³⁴ Član 172. st. 1 Zakonika o građanskom postupku: „Sud može, čak i bez izričitog zahteva tužioca i bez saslušavanja tuženog, izdati platni nalog ako se u aktu kojim je pokrenut postupak traži utvrđivanje prava na isplatu novčanog iznosa na osnovu okolnosti koje je izneo tužilac. U platnom nalogu sud tuženom nalaže da tužiocu u roku od 15 dana od dana dostave naloga isplati dospelo potraživanje i troškove postupka, ili da u tom roku podnese prigovor sudu koji je izdao platni nalog. Prigovor protiv platnog naloga mora biti meritorno obrazložen.“

imao ista prava kao i potrošač – korisnik kredita i smatrao je da se postupak ne može voditi kao ubrzani postupak s obzirom na to da se ne sprovodi rasprava i ne izvode dokazi. Državni tužilac podneo je Vrhovnom sudu Slovačke vanrednu reviziju protiv rešenja Okružnog suda. Rešenjem od 10. 3. 2015. Vrhovni sud ukinuo je rešenje Okružnog suda i predmet mu vratio na ponovno suđenje. Vrhovni sud utvrdio je da se svrha intervencije udruženja za zaštitu potrošača može ostvariti tek nakon pokretanja postupka, tj. samo od trenutka kada potrošač podnese prigovor protiv platnog naloga.

Okružni sud se „pita“ da li je nacionalni propis, kad je reč o uslovima u kojima udruženje za zaštitu potrošača može intervenisati u postupku na strani potrošača u odnosu na opšta pravila slovačkog prava u pogledu intervencije na strani tuženika, u skladu s načelom ekvivalentnosti predviđenim pravom Unije.

Okružni sud ističe da, u slučaju kada potrošač koji je u postupku tuženi, u okviru postupka iz članka 53.a Građanskog zakonika čija je svrha prestanak korišćenja nepoštene odredbe u ugovorima zaključenim s prodavcima robe i pružaocima usluga, nema odgovarajuća znanja i kada je neaktivan i kada se s njim ne može stupiti u kontakt, njegova prava ne bi se mogla na odgovarajući način zaštititi kada bi sud odustao od nadzora nepoštene prirode (predmetnih) odredaba ugovora.³⁵

Međutim, odredbe slovačkog prava ne dopuštaju udruženju za zaštitu potrošača da interveniše u postupku na strani potrošača, s obzirom na to da je njima propisano da: potrošač mora dati pisanu saglasnost za takvu intervenciju; razloge koji se navode u odgovoru na tužbu, a koje je istaklo udruženje, mora potvrditi i potrošač kao tuženi; takođe i razloge koji se navode u odgovoru na tužbu, a koje je istaklo udruženje, mora potvrditi i potrošač kao tuženi.

Okružni sud smatra da je slovačko pravo primenjeno na nepovoljniji način nego da je reč o situaciji koja ne sadrži nijedan element koji ulazi u područje primene prava Unije. Naime, u situaciji koja nije obuhvaćena područjem primene prava Unije, postupak započinje na dan kada je nacionalnom sudu podnesen akt kojim se pokreće postupak, tako da je intervenijent ovlašćen intervenisati u postupak od njegovog početka.

Na kraju, kad je reč o odredbi ugovora koja se odnosi na EKS, Okružni sud smatra da ona nije transparentna i da je protivna prihvaćenim moralnim načelima,

³⁵ Član 53.a *Občiansky zákonník* (Građanski zakonik), zabranjuje prodavcima robe i pružiocima usluga dalje korišćenje ugovorne odredbe za koju je sud utvrdio da je nepoštena u odluci donesenoj u okviru postupka u području prava zaštite potrošača. Tom se odredbom međutim zahteva da potrošač pokrene postupak ili da, ako je on tužena stranka, podnese procesnopравни akt.

tako da bi se, u skladu sa slovačkim pravom, za kredit trebalo smatrati da ne stvara obavezu plaćanja kamata i troškova. Taj sud smatra da je takva sankcija proporcionalna i odvraćajuća.

U tim je okolnostima Okružni sud u Prešovu odlučio je prekinuti postupak i uputiti SPEU sledeća prethodna pitanja:

„1. Da li je u suprotnosti s načelom ekvivalentnosti iz prava Unije pravni propis u području ekvivalentnosti zakonom zaštićenih interesa i zaštite prava potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi koji ne dopušta mogućnost da, bez pristanka tuženog potrošača, pravno lice u čijoj je delatnosti zaštita kolektivnih interesa potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi i koja teži realizaciji cilja iz čl. 7. st. 1 Direktive 93/13,³⁶ prenetog u nacionalno pravo čl. 53.a st. 1. i 2 Građanskog zakonika, stupi u svojstvu intervenijenta u sudski postupak počevši od njegovog pokretanja i da se u prilog potrošača efikasno koristi sredstvima predlaganja i odbrane u postupku, s ciljem da se u sklopu tog postupka ostvari zaštita od sistemskog korišćenja nepoštenih ugovornih odredbi, dok u drugom slučaju intervenijentu koji u sudski postupak stupa na strani tuženog i ima interes da se postupak meritorno (s imovinske tačke gledišta) reši, za razliku od udruženja za zaštitu potrošača uopše ne treba pristanak tuženika na čijoj se strani uključuje za učešće u sudskom postupku počevši od njegovog pokretanja i za efikasno korišćenje sredstvima predlaganja i odbrane u postupku koja idu u prilog tuženom?

2. Da li treba izraz „jasno i razumljivo sastavljene“ iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13³⁷ tumačiti na način da se ugovorna odredba može smatrati sastavljenom na način koji „nije jasan i razumljiv“ – što ima za pravnu posledicu da se u sudskom postupku po službenoj dužnosti mora ispitati da li je nepoštena – i u slučaju kad je njome predviđeni pravni institut sam po sebi složen, a prosečnom su potrošaču njegove pravne posledice teško predvidive te je za njeno razumevanje potrebno savetovanje s pravnim stručnjakom, pri čemu njegovi troškovi nisu proporcionalni s vrednošću usluge koju potrošač dobija na osnovu ugovora?

3. Nije li u suprotnosti s pravom Unije – u slučaju kad sud odlučuje o pravima iz potrošačkog ugovora, a čije se utvrđenje traži u odnosu na potrošača koji je tužena strana, samo na osnovu izjava tužilaca putem izdavanja platnog naloga u skraćenom postupku, pri čemu se u postupku uopše ne primenjuje odredba

³⁶ V. fn. 5.

³⁷ U članu 4. st. 2 Direktive 93/13 predviđeno je: „Procena da li su neke odredbe nepoštena ne odnosi se na definiciju glavnog predmeta ugovora ni na primerenost cene i naknade na jednoj strani, i isporučene usluge i robe, na drugoj, sve dok su te odredbe jasno i razumljivo sastavljene.“

čl. 172. st. 9 Zakonika o parničnom postupku³⁸ koja isključuje mogućnost izdavanja platnog naloga u slučaju postojanja nepoštenih ugovornih odredbi u potrošačkom ugovoru – propis države članice koji, s obzirom na kratak rok predviđen za podnošenje prigovora i nemogućnost kontaktiranja ili pasivnost potrošača, udruženju za zaštitu potrošača koje je kvalifikovano i ovlašćeno za realizaciju cilja iz čl. 7. st. 1 Direktive 93/13, prenetog u nacionalno pravo čl. 53.a st. 1. i 2 Građanskog zakonika, ne omogućava efikasno korišćenje, bez pristanka potrošača (bez izričitog protivljenja potrošača), jedine mogućnosti za zaštitu potrošača u obliku prigovora protiv platnog naloga, u slučaju kad je sud povredio obavezu iz čl. 172. st. 9 Zakonika o parničnom postupku?

4. Da li se može u kontekstu odgovora na drugo i treće pitanje smatrati relevantnom činjenica da pravni sistem potrošaču ne priznaje pravo na obavezno pravno zastupanje i da zbog njegovog nepoznavanja materije, kada ga ne zastupa pravni punomoćnik, postoji nezanemarljiv rizik da se on ne pozove na nepoštenost ugovornih odredbi i da ne postupi na način da omogući stupanje u sudski postupak na svojoj strani udruženja za zaštitu potrošača koje je kvalifikovan i ovlašćen za realizaciju cilja iz čl. 7. st. 1 Direktive 93/13, prenetog u nacionalno pravo čl. 53.a st. 1. i 2 Građanskog zakonika?

5. Nije li u suprotnosti s pravom Unije i sa zahtevom ispitivanja svih okolnosti slučaja u smislu čl. 4. st. 1 Direktive 93/13,³⁹ propis poput onog o skraćenom postupku za izdavanje platnog naloga (čl. 172. Zakonika o parničnom postupku), koji omogućava da se trgovcu prizna pravo na novčano potraživanje, s dejstvom presude, u okviru skraćenog postupka, pred upravnim službenikom sudskog tela, samo na osnovu izjave trgovca, i to bez izvođenja dokaza i u situaciji u kojoj potrošača ne zastupa pravni stručnjak, a njegovu odbranu ne može preuzeti, bez njegovog pristanka, udruženje za zaštitu potrošača koje je kvalifikovano i ovlašćeno za realizaciju cilja iz čl. 7. st. 1 Direktive 93/13, prenetnog u nacionalno pravo čl. 53.a st. 1. i 2 Građanskog zakonika?“

Svojim prvim pitanjem, Okružni sud pita treba li Direktivu 93/13 tumačiti na način da joj se protivi nacionalni propis koji udruženju za zaštitu potrošača ne dopušta da interveniše na strani potrošača u postupku izdavanja platnog naloga

³⁸ Član 172. st. 9 Zakonika o parničnom postupku: „U slučaju ostvarivanja prava na isplatu određenog novčanog iznosa na osnovu ugovora zaključenog s potrošačem i u slučaju kada je tuženi potrošač, sud ne izdaje platni nalog ako ugovor sadrži nepoštene odredbe.“

³⁹ Član 4. st. 1 Direktive 93/13: „Ne dovodeći u pitanje član 7, nepoštenost ugovorne odredbe procenjuje se tako da se u obzir uzimaju priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vreme kada je ugovor zaključen, sve prapratne okolnosti zaključenja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili nekog drugog ugovora od koga on zavisi.“

koji se odnosi na pojedinačnog potrošača i da podnese prigovor protiv takvog naloga ako navedeni potrošač ne osporava taj nalog.

Potrebno je istaći da čl. 7 st. 1 Direktive 93/13 obavezuje države članice da obezbede postojanje primerenih i delotvornih sredstava za sprečavanje korišćenja nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima. Iz st. 2 Direktive 93/13⁴⁰ proizlazi da ta sredstva sadrže mogućnost da lica ili organizacije koje imaju legitiman interes zaštititi potrošače postupaju pred sudovima kako bi se utvrdilo da li su ugovorne odredbe sastavljene za opšu upotrebu nepoštene i, ako je takav slučaj, ishodi li njihovu zabranu.⁴¹ Međutim, ni Direktiva 93/13 ni direktive koje su je sledile upotpunjujući pravni okvir zaštite potrošača, ne sadrže odredbu koja uređuje ulogu koja se može ili treba dodeliti udruženjima za zaštitu potrošača u pojedinačnim sporovima koji se tiču potrošača. Stoga Direktiva 93/13 ne uređuje da li udruženja imaju pravo da intervenišu na strani potrošača u pojedinačnim sporovima. Iz toga proizilazi da kada ne postoji odredba prava Unije u pogledu prava udruženja za zaštitu potrošača da intervenišu u pojedinačnim sporovima koji se tiču potrošača, nacionalni pravni sistem svake države članice treba uspostaviti takva pravila u skladu s načelom procesne autonomije, pod uslovom da ta pravila nisu nepovoljnija od onih koja uređuju slične situacije u unutrašnjem pravu (načelo ekvivalentnosti) i da ne čine u praksi nemogućim ili vrlo teškim ostvarivanje prava dodeljenih pravom Unije (načelo delotvornosti).⁴²

⁴⁰ Čl. 7. st. 2. Direktive 93/13: „Sredstva iz stava 1. uključuju odredbe prema kojima lica ili organizacije koje u skladu s nacionalnim pravom imaju legitiman interes zaštititi potrošače mogu u skladu s dotičnim nacionalnim pravom postupati pred sudovima ili pred nadležnim upravnim telima radi donošenja odluke o tome jesu li ugovorne odredbe sastavljene za opštu upotrebu nepoštene, kako bi potom mogle primeniti odgovarajuća i delotvorna sredstva radi sprečavanja daljeg korišćenja takvih odredbi.“

⁴¹ V. presudu, *Pohotovost*, C-470/12, EU:C:2014:101: „U pogledu uloge koju mogu imati udruženja za zaštitu potrošača, potrebno je istaći da člana 7. stav 1. Direktive 93/13 obavezuje države članice da osiguraju postojanje prikladnijih i efikasnijih sredstava kako bi sprečili korišćenje nepoštenih odredbi u ugovorima koji se sklapaju s potrošačima. U tom pogledu, iz člana 7. stav 2 navedene direktive proizlazi da navedena sredstva sadrže mogućnost da lica ili organizacije koje imaju legitiman interes zaštititi potrošače postupaju pred sudovima kako bi utvrdili imaju li odredbe sročene za opštu upotrebu nepošten karakter i, ako je takav slučaj, ishode njihovu zabranu“ (tač. 43).

⁴² V. presudu, *Pohotovost*, C-470/12, EU:C:2014:101: „Kada ne postoji odredba prava Unije u pogledu mogućnosti da udruženje za zaštitu potrošača intervenišu u pojedinačnim sporovima koji se tiču potrošača nacionalni pravni sistem svake države članice treba uspostaviti takva pravila u skladu s načelom procesne nezavisnosti, pod uslovom da ta pravila nisu nepovoljnija od onih koja uređuju slične situacije u unutrašnjem pravu (načelo ekvivalentnosti) i da ne čine u praksi nemogućim ili vrlo teškim sprovođenje prava prenesenih pravom Unije (načelo djelotvornosti)“ (tač. 46).

Kad je reč o načelu ekvivalentnosti, Okružni sud navodi da su uslovi koji prema nacionalnom propisu trebaju biti ispunjeni kako bi udruženje za zaštitu potrošača moglo intervenisati povoljniji kada se tužba podnosi isključivo na osnovu nacionalnog prava nego kad se ona podnosi na osnovu prava Unije. Naime, dok u predmetu koji ne sadrži elemente obuhvaćene područjem primene prava Unije postupak u skladu s nacionalnim propisom započinje na dan kada je sudu podnesen akt kojim se pokreće postupak, tako da je intervenijent ovlašćen intervenisati u postupak od njegovog početka, proizlazi da u „ovom“ predmetu, koji je obuhvaćen područjem primene prava Unije, postupak započinje tek od trenutka kada potrošač podnese prigovor platnog naloga, tako da bi udruženje za zaštitu potrošača moglo intervenisati tek od tog trenutka. U tom pogledu, treba podsetiti da poštovanje načela ekvivalentnosti zahteva ujednačenu primenu nacionalnih pravila na postupke zasnovane na pravu Unije i one zasnovane na nacionalnom pravu.⁴³ Shodno, ovo načelo treba tumačiti na način da mu se protivi nacionalni propis koji za intervenciju udruženja potrošača u postupke koji su obuhvaćeni područjem primene prava Unije postavlja nepovoljnije uslove od onih primenjivih u postupcima koji su isključivo obuhvaćeni područjem primene nacionalnog prava.

Direktivu 93/13, kada se tumači u vezi s načelom ekvivalentnosti, treba tumačiti na način da joj se protivi nacionalni propis koji udruženju za zaštitu potrošača ne omogućuje intervenciju na strani potrošača u postupku izdavanja platnog naloga koji se tiče pojedinačnog potrošača i da podnese prigovor protiv takvog naloga ako navedeni potrošač ne osporava taj nalog, u slučaju kada navedeni propis za intervenciju udruženja potrošača u postupke obuhvaćene područjem primene prava Unije zapravo postavlja nepovoljnije uslove od onih primenjivih u postupcima koji su isključivo obuhvaćeni područjem primene nacionalnog prava, što je na nacionalnom sudu da proveriti.

Kad je reč o načelu delotvornosti, sud je presudio da odbijanje intervencije udruženju za zaštitu potrošača u postupku koji se tiče potrošača ne utiče na pravo udruženja na efikasan pravni lek za zaštitu prava koja joj se priznaju, uključujući posebno pravo na kolektivnu tužbu što proizlazi iz čl. 7 st. 2 Direktive 93/13. Osim toga, potrebno je dodati da primenom nacionalnog prava u „ovom“ postupku udruženje može direktno zastupati potrošača u svim postupcima, uključujući postupak izvršenja, na osnovu punomoći potrošača.⁴⁴ U tim okolnostima, ne proizlazi

⁴³ Presuda *Danqua*, C-429/15, EU:C:2016:789, tač. 30: „U pogledu načela ekvivalentnosti, treba podsetiti da poštovanje tog načela zahteva ujednačenu primjenu nacionalnog pravila na postupke zasnovane na povredi prava Unije i one zasnovane na nacionalnom pravu.“

⁴⁴ V. presudu *Pohotovost*, C-470/12, EU:C:2014:101: „U pogledu mogućnosti da se udruženje za zaštitu potrošača pozove na Povelju Unije, potrebno je utvrditi da odbijanje takve intervencije

da se, u „ovoj“ situaciji, nacionalnim propisom povređuje načelo delotvornosti u odnosu na pravo udruženja za zaštitu potrošača da intervenišu u postupke koji se tiču potrošača.

Trećim, četvrtim i petim pitanjem nacionalni sud želi u suštini znati da li treba Direktivu 93/13 tumačiti na način da joj se protivi nacionalni propis koji iako u stadijumu izdavanja platnog naloga protiv potrošača predviđa nadzor nepoštene prirode odredaba sadržanih u ugovoru zaključenom između trgovca i potrošača, s jedne strane, nadležnost za izdavanje tog platnog naloga poverava upravnom službeniku suda koji nema status sudije i, s druge strane, rok za podnošenje prigovora ograničava na petnaest dana i zahteva da se prigovor meritorno obrazloži.

Delotvornu zaštitu prava potrošača koja proizlazi iz Direktive 93/13 moguće je obezbediti samo ako nacionalni pravni sistem u okviru postupka izdavanja platnog naloga ili postupka izvršenja platnog naloga predviđa nadzor moguće nepoštene prirode odredbi sadržanih u ugovoru koji sud sprovodi po službenoj dužnosti.⁴⁵

U slučaju kada nije predviđeno da sud u stadijumu izvršenja platnog naloga po službenoj dužnosti sprovodi nadzor moguće nepoštene prirode odredbi sadržanih u ugovoru, treba smatrati da je nacionalno zakonodavstvo takve prirode da ugrožava delotvornost zaštite koja se pruža Direktivom 93/13, ako se tim zakonodavstvom ne predviđa takav nadzor u stadijumu izdavanja naloga ili kada je takav nadzor predviđen isključivo u stadijumu prigovora protiv izdatog naloga, ako postoji nezanemaljiva opasnost da potrošač neće podneti potreban prigovor bilo zbog posebno kratkog roka koji predviđen, bilo zbog troškova koje bi pokretanje

u postupku koji se tiče potrošača ne utiče na pravo navedenog udruženja za efikasnı pravni lek za zaštitu prava koja joj se priznaju kao udruženju takve vrste, uključujući posebno pravo na kolektivnu tužbu koje proizlazi iz člana 7. stav 2 Direktive 93/13“ (tač. 54). „Osim toga, potrebno je dodati da primenom nacionalnog prava u glavnom postupku, udruženje može direktno zastupati potrošača u svim postupcima, uključujući postupak izvršenja, na osnovu punomoćja potrošača“ (tač. 55).

⁴⁵ V. presudu *Finanmadrid EFC*, C-49/14, EU:C:2016:98, tač. 45. i 46: „U ovom slučaju treba tvrditi da su odvijanje i posebnosti španskog postupka izdavanja platnog naloga takvi da se u slučaju kada ne postoje okolnosti koje dovode do postupanja sudije, postupak izdavanja platnog naloga obustavlja a da ne postoji mogućnost nadzora postojanja nepoštenih odredbi u ugovoru sklopljenom između prodavca robe i pružaoca usluga s potrošačem. Dakle, ako sudija koji postupuje radi izvršenja platnog naloga nije nadležan oceniti po službenoj dužnosti postojanje takvih odredbi, potrošač bi mogao biti suočen s izvršnom ispravom a da ni u jednom trenutku tokom postupka nije uživao obezbeđenje sprovođenja takve ocene“ (tač. 45). „Međutim, u takvom kontekstu treba tvrditi da priroda takvog procesnog sistema narušava delotvornost zaštite koja se nastoji ostvariti Direktivom 93/13. Naime, takvu delotvornu zaštitu prava, koja proizlazi iz Direktive 93/13, moguće je garantovati samo ako nacionalni procesni sistem, kao što je to španski, dopušta u okviru postupka izdavanja platnog naloga ili postupka izvršenja platnog naloga nadzor po službenoj dužnosti moguće nepoštene prirode odredbi sadržanih u dotičnom ugovoru“ (tač. 46).

postupka moglo prouzrokovati u odnosu na iznos osporavanog duga, bilo zbog toga što nacionalno zakonodavstvo ne predviđa obavezu da mu se dostave sve informacije koje su mu potrebne da odredi obim svojih prava.

Član 172 st. 9 Zakonika o parničnom postupku Slovačke propisuje da u slučaju ostvarenja prava na isplatu određenog novčanog iznosa na osnovu ugovora zaključenog s potrošačem u slučaju kada je tuženi potrošač, sud ne izdaje platni nalog ako ugovor sadrži nepoštene odredbe. Međutim, u „ovom“ slučaju pojašnjeno je da se nacionalnim propisom nadležnost u području izdavanja platnih naloga poverava službeniku suda koji nema status sudije. Očuvanje korisnog dejstva Direktive 93/13 protivi se da nacionalni propis dopušta da se platni nalog izda a da se pritom potrošaču ni u jednom trenutku u postupku ne može pružiti garancija da će sudija sprovesti nadzor koji se sastoji u proveru da u ugovoru ne postoji nepoštena odredba. Okolnost da se nacionalnim propisom nadležnost u području izdavanja platnih naloga poverava službeniku koji nema status sudije ne može ugroziti očuvanje korisnog dejstva Direktive 93/13 ako je propisano da sudija u stadijumu izvršenja platnog naloga ili u slučaju prigovora protiv platnog naloga sprovodi nadzor koji se sastoji u proveru da u ugovoru ne postoji nepoštena odredba. Postojanje nadzora samo u stadijumu prigovora može očuvati korisna dejstva Direktive 93/13 samo ako se potrošač ne odvrati od podnošenja prigovora. Međutim, u „ovom“ slučaju, nacionalnim propisom propisan je rok od samo 15 dana u kojem potrošač može podneti prigovor protiv platnog naloga i njime se zahteva da on svoj prigovor meritorno obrazloži. Zbog takvog propisa postoji nezanemariva opasnost da potrošač ne podnese prigovor i da nakon toga sudija ne može po službenoj dužnosti sprovesti nadzor koji se sastoji u proveru da u ugovoru ne postoji nepoštena odredba.

Direktivu 93/13 treba tumačiti na način da joj se protivi nacionalni propis koji iako u stadijumu izdavanja platnog naloga protiv potrošača predviđa nadzor nepoštene prirode odredaba sadržanih u ugovoru zaključenom između trgovca i potrošača, s jedne strane, nadležnost za izdavanje platnog naloga poverava upravnom službeniku suda koji nema status sudije i, s druge strane, rok za podnošenje prigovora ograničava na 15 dana i zahteva da se prigovor meritorno obrazloži, u slučaju kada takav nadzor po službenoj dužnosti nije predviđen u stadijumu izvršenja naloga, što je na nacionalnom sudu da proveru.

Svojim drugim pitanjem sud želi znati da li treba čl. 4 st. 2 Direktive 93/13 tumačiti na način da se smatra da je odredba ugovora o potrošačkom kreditu koja se odnosi na troškove kredita sastavljena na jasan i razumljiv način u slučaju kada, s jedne strane, u ugovoru nije naznačena EKS i on sadržava samo matematičku jednačinu za njegovo izračunavanje i ne sadrži elemente koji su potrebni za to izračunavanje i, s druge strane, ne pominje kamatnu stopu.

Treba podsetiti da čl. 4 st. 2 Direktive 93/13 propisuje da se procena da li su neke odredbe ugovora zaključenog s potrošačem nepoštene ne odnosi ni na definiciju glavnog predmeta ugovora ni na primerenost cene i naknade na jednoj strani, i isporučene usluge i robu, na drugoj, sve dok su te odredbe jasno i razumljivo sastavljene.

Obaveza transparentnosti ugovornih odredbi, takođe istaknuta u čl. 5 Direktive 93/13,⁴⁶ ne može se ograničiti isključivo na razumljivost tih odredbi na formalnom i jezičkom nivou, nego da, s obzirom na to da se sistem zaštite uspostavljen ovom direktivom zasniva na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na trgovca posebno u pogledu nivoa obaveštenosti – navedenu obavezu jasnog i razumljivog sastavljanja ugovornih odredbi i transparentnosti koja se utvrđuje direktivom treba shvatiti u širem smislu.⁴⁷

Čl. 4 Direktive 87/102 zahteva da korisnik kredita raspolaže svim elementima koji mogu uticati na obim njegove obaveze. U skladu s čl. 4 st. 1 i 2 Direktive 87/102, ugovor o kreditu mora biti sastavljen u pisanom obliku, pri čemu mora sadržati naznačenje EKS-a i uslove pod kojima se može izmeniti. Članom 1.a određeni su načini izračunavanja EKS-a a u st. 4 tač. (a) pojašnjeno je da se EKS mora izračunati „u trenutku zaključenja ugovora“. Informisanje potrošača o ukupnom trošku kredita u obliku stope koja se izračunava prema jedinstvenoj matematičkoj formuli je od bitne važnosti. Nespominjanje EKS-a u ugovoru o kreditu može predstavljati odlučujući element u okviru analize nacionalnog suda po pitanju da li je odredba ugovora koja se odnosi na trošak kredita jasno i razumljivo sastavljena, u smislu člana 4 Direktive 93/13. Ako to nije slučaj, nacionalni sud ovlašćen je ocenjivati nepoštenu prirodu takve odredbe u smislu čl. 3 direktive.⁴⁸

⁴⁶ Član 5 Direktive glasi: „U slučaju ugovora u kojima se potrošaču sve ili određene odredbe nude u pisanom obliku, te odredbe uvek moraju biti sročene jasno i razumljivo. Ako postoji sumnja oko značenja neke odredbe, prednost ima tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača. Ovo pravilo o tumačenju ne primenjuje se u kontekstu postupka utvrđenog u članu 7. stav 2.“

⁴⁷ Presuda *Andriciuc i dr.*, C-186/16, EU:C:2017:703, tač. 44: „Kad je reč o obavezi transparentnosti ugovornih odredbi, koja proizlazi iz člana 4 stav 2 Direktive 93/13, Sud je istakao da se ta obaveza, takođe istaknuta u članu 5 te direktive, ne može ograničiti isključivo na razumljivost tih odredbi na formalnoj i jezičkom nivou, nego da, naprotiv – s obzirom na to da se sistem zaštite uspostavljen pomenutom direktivom zasniva na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na prodvca robe ili pružaoca usluge, posebno u pogledu nivoa obaveštenosti – navedenu obavezu jasnog i razumljivog sastavljanja ugovornih odredbi i, sledstveno tome, transparentnosti koja se utvrđuje tom direktivom treba shvatiti u širem smislu.“

⁴⁸ Presuda. *Pohotovost*, C-76/10, EU:C:2010:685: „Nepostojanje EKS reference u ugovoru o kreditu, što je bitno u kontekstu Direktive 87/102, može biti odlučujući element u analizi pitanja od strane nacionalnog suda da li je uslov u pogledu cene kredita u ugovoru o kreditu, u kome nema

Situaciji nenavođenja EKS-a u ugovoru o kreditu poistovećuje se situacija u kojoj ugovor sadrži samo matematičku jednačinu za izračunavanje EKS-a koja ne sadrži elemente koji su potrebni za izračunavanje EKS. U takvoj situaciji ne može se smatrati da je potrošač u trenutku zaključenja ugovora u potpunosti upoznat s uslovima budućeg izvršenja potpisanog ugovora.

Člana 4 tač. 2 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da u slučaju kada u ugovoru o potrošačkom kreditu, s jedne strane, nije naznačen EKS i kada on sadrži samo matematičku jednačinu za njegovo izračunavanje i koja ne sadrži elemente koji su potrebni za njegovo izračunavanje i, s druge strane, kada se u njemu ne spominje kamatna stopa, te su okolnost odlučujuće po pitanju da li je odredba ugovora koja se odnosi na trošak kredita jasno i razumljivo sastavljena.

*Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS)
protiv Mbutukua Kanyebe, Larisse Nijs, Jean-Louisa Anite Dedrooga⁴⁹*

Tokom 2015. za *M. Kanyebu* četiri puta je bilo utvrđeno da je putovao vozom bez karte (predmet C-349/18) i tako prekršio čl. 156 do 160 uslova prevoza NMBS-a. Tokom 2013. i 2015. slično je pet puta utvrđeno i u slučaju *L. Nijs* (predmet C-350/18). Takođe, tokom 2014. i 2015. je utvrđeno jedanaest puta u slučaju *J.-L. A. Dedrooga* (predmet C-351/18).

NMBS je svakom od tih njih pružio mogućnost regulisanja položaja, bilo kupovinom karte u vozu po ceni karte uvećanoj za dodatak od 7,50 evra, tj. po „tarifi za kupovinu karte u vozu“, ili plaćanjem paušalnog iznosa od 75 evra u roku od četrnaest dana od utvrđivanja prekršaja ili, za prekršaje počinjene pre 2015, plaćanjem cene karte uvećane za 60 evra. Nakon isteka tog roka od 14 dana tuženi još su imali mogućnost platiti paušalni iznos od 225 evra ili, za prekršaje počinjene pre 2015, cenu prevoza uvećanu za 200 evra.

Budući da nijedan od tuženih nije iskoristio te mogućnosti, društvo NMBS je protiv njih podnelo tužbu sudu u *Antwerpenu* (Belgija), zahtevajući da im se naloži da mu, u predmetima C-349/18 do C-351/18, plate iznose od 880,20 evra,

takve izjave, sastavljen jasno i razumljivo u smislu člana 4. Direktive 93/13“ (tač. 71). „Ako to nije slučaj, nacionalni sud je nadležan da proceni nedozvoljenost takvog uslova u smislu člana 3 Direktive 93/13. Čak i ako se ovaj uslov može tumačiti na način da potpada pod izuzeće iz prethodno navedenog člana, treba napomenuti da uslovi iz člana 4(2) ove direktive, iako spadaju u oblast regulisanu Direktivom 93/13, izmiču oceni njihove nezakonitosti samo ako nadležni nacionalni sud, nakon ispitivanja svakog od njih pojedinačno, smatra da ih je prodavac ili dobavljač jasno i razumljivo sastavio“ (tač. 72).

⁴⁹ C-349/18, C-350/18, C-351/18, 7. novembar 2019.

od 1.103,90 evra i od 2.394 evra, kao i da se u svakom od tih slučajeva iznosi uvećaju za troškove postupka. U okviru tih zahteva društvo NMBS tvrdi da priroda pravnih odnosa između njega i svakog tuženika nije ugovorna, nego se zasniva na odredbama propisa s obzirom na to da oni nisu kupili kartu. Tuženi se nisu upustili u postupak pred sudom.

Sud smatra da je dužan po službenoj dužnosti razmotriti primenu pravila koja se odnose na nepoštene odredbe ako se usluga pruža potrošaču. On smatra da je, s jedne strane, reč o potrošačima u smislu „teorije nepoštenih odredbi“ s obzirom na to da taj pojam obuhvata „svako fizičko lice koje deluje u svrhe koje su izvan okvira njegove komercijalne, poslovne, zanatske ili profesionalne delatnosti“, i, s druge strane, preduzetnika. Pita se o prirodi pravnog odnosa između društva NMBS i tuženih kao i o činjenici da li je bio zaključen ugovor o prevozu. U tom pogledu ističe da nije jasna pravna osnova opštih uslova prevoza društva NMBS koji određuju prava i obaveze između NNBS i putnika. Prema jednom stanovištu, radi se o isključivo ugovornim odredbama (odnos je uvek ugovorne prirode, čak i ako putnik nema valjanu kartu; sama činjenica ulaska u područje u kojem je potrebno posedovati valjanu kartu podrazumeva zaključenje ugovora o prevozu, koji je unapred formulisani standardni ugovor). Prema drugom, radi se o propisima upravnog prava (odnos je ugovorni u slučaju kada je putnik kupio kartu za prevoz, a u suprotnom je uređen propisima; u tom slučaju ne postoji saglasnost volja s obzirom na to da putnik nema nameru platiti prevoz, a društvo koje obavlja prevoz nema ga nameru izvršiti bez protivčinidbe).

Nacionalni sud, ističe da „teorija nepoštenih odredaba“ pretpostavlja postojanje ugovora i ocenjuje da je pojam „ugovor“, pojam prava Unije. U tom pogledu upućuje na čl 9. st. 4 Uredbe br. 1371/2007 i pita se o trenutku zaključenja ugovora o prevozu, i konkretnije o činjenici da li je ugovor zaključen u trenutku ulaska u područje u kojem je u načelu potrebno posedovati valjanu kartu ili u trenutku kupovine karte.⁵⁰ Uz to, smatra da se pitanje nastanka ugovora o prevozu treba razmotriti u vezi s čl. 2 tač. (a) i čl. 3 Direktive 93/13.⁵¹ Opšte uslove prevoza

⁵⁰ Čl. 9. st. 4 Uredbe br. 1371/2007: „Železnički prevoznici nude mogućnost nabavke karata za uslugu prevoza u vozu, osim u slučaju kada je to ograničeno ili nije dopušteno na osnovu razloga povezanih sa sigurnošću ili s politikom borbe protiv zloupotrebe, ili ako je za voz obavezna rezervacija, ili radi utemeljenih komercijalnih razloga.“

⁵¹ Čl. 2. tačka (a): „Za potrebe ove Direktive: 'nepoštene odredbe' znači ugovorne odredbe u smislu definicije u članu 3.“ Član 3: (1) „Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uslovom o dobroj veri, na štetu potrošača prouzrokuje znatniju neravnotežu u pravima i obavezama stranaka, proizašlih iz ugovora. (2) Uvek se smatra

društva NMBS, bez obzira na to da li su ugovorni ili se zasnivaju na propisima, treba smatrati uslovima koji nisu bili predmet pojedinačnih pregovora.

Pita se da li nastaje uvek ugovorni pravni odnos između društva za prevoz i putnika, čak i ako putnik koristi usluge prevoznika bez kupovine karte. Ako to nije slučaj, pita se da li se primenjuje „teorija nepoštenih odredaba“ na putnika koji koristi javni prevoz bez kupovine karte.

U slučaju da SPEU smatra da opše uslove prevoza društva NMBS treba razmotriti prema „teoriji nepoštenih odredaba“, sud navodi da je, prema belgijskom pravu, sankcija za nepoštene odredbe njihova ništavost i da se pravo Unije u osnovi protivi da nacionalni sud koji utvrdi ništavost nepoštene odredbe u ugovoru zaključenom između poslovnog subjekta i potrošača dopuni taj ugovor izmenjujući sadržaj ugovorne odredbe. Međutim, belgijska pravna teorija kritikovala je tu zabranu dopunskog učinka opšteg pravnog pravila jer nije dovoljno razjašnjena. Stoga sud pita mogu li postojati okolnosti u kojima trgovac (prodavac robe ili pružalac usluga) ima interes da se odredba održi, ali u kojima je u interesu potrošača da sud ublaži njen domen i, u takvom slučaju, mogu li te okolnosti biti apstraktno definisane.

U tim okolnostima sud u *Antwerpenu* odlučio je prekinuti postupak i uputiti SPEU sledeća prethodna pitanja:

„1. Da li treba čl. 9. st. 4. Uredbe EZ br. 1371/2007, u vezi s čl. 2. tač. (a) i čl. 3. Direktive 93/13, tumačiti na način da između železničkog prevoznika i putnika uvek nastaje ugovorni pravni odnos, pa i onda kad putnik upotrebljava prevoznikovu uslugu bez kupovine karte?

2. Ako je odgovor na prvo pitanje negativan, proteže li se tada zaštita doktrine o nepoštenim ugovornim odredbama na putnika koji upotrebljava javni prevoz bez karte i koji je zbog takvog ponašanja na osnovu opštih uslova prevoznika, koji se smatraju opše obvezujućima na osnovu njihove normativne prirode ili saopštenja u državnom službenom listu, obavezan platiti dodatak na cenu prevoza?

3. Da li se protivi u svim slučajevima članu 6. Direktive 93/13 o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima, u kojem je određeno da „države članice utvrđuju da u ugovoru koji je trgovac zaključio s potrošačem prema nacionalnom pravu nepoštene odredbe nisu obavezujuće za potrošača, a da ugovor u tim uslovima i dalje obavezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba“, to da sud ublaži ugovornu odredbu koja se smatra nepoštenom ili umesto nje primeni opšte pravno pravilo?

da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je ona sastavljena unapred pa potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj, posebno u kontekstu unapred formulisano standardnog ugovora.“

4. Ako je odgovor na treće pitanje negativan, pod kojim okolnostima nacionalni sud može ublažiti ugovornu odredbu koja se smatra nepoštenom ili istu zameniti opštim pravnom pravilom?

5. Ako se na gorenavedena pitanja ne može pružiti apstraktan odgovor, postavlja se pitanje da li se protivi članu 6. Direktive 93/13, u slučaju u kojem nacionalni železnički prevoznik nakon što je zatekao putnika bez karte, putnika građanskopravno sankcioniše dodatkom, pored cene karte, te sud zaključi da je nametnuti dodatak nepošten u smislu člana 2. tač. (a), u vezi s članom 3. Direktive 93/13, to da sud proglasi ugovornu odredbu ništavom i primeni opšte pravno pravilo u području građanskopravne odgovornosti radi naknade štete koju je pretrpeo nacionalni železnički prevoznik?⁵²

Svojim prvim pitanjem nacionalni sud traži tumačenje čl. 9 st. 4 Uredbe br. 1371/2007 s obzirom na Direktivu 93/13. Međutim, ta uredba ne sadrži nikakvo upućivanje na Direktivu 93/13. Dalje, iz upoređenja čl. 1 Uredbe i čl. 1 Direktive proizlazi da one imaju različite ciljeve. Stoga odredbe Direktive 93/13 ne mogu biti relevantne za tumačenje Uredbe.⁵²

S druge strane, iako se tim prvim pitanjem sud pita o tumačenju čl. 9 st. 4 Uredbe br. 1371/2007, valja primetiti da se ta odredba odnosi na mogućnost kupovine karata za predmetnu uslugu u vozu koju u načelu moraju ponuditi železnički prevoznici. Međutim, iz odluka kojima se upućuje prethodno pitanje proizlazi da u glavnim postupcima nije reč o toj mogućnosti, nego o tome da li treba smatrati da je putnik koji je putovao vozom bez karte stupio u ugovorni odnos s železničkim prevoznikom zbog činjenice da je ušao u voz, u smislu te uredbе. Stoga nije čl. 9 st. 4 kao takav taj koji je potrebno protumačiti za glavne postupke. Međutim, iz ustaljene prakse SPEU proizlazi da je, u okviru postupka saradnje iz čl. 267 UFEU-a između nacionalnih sudova i SPEU, zadatak SPEU dati nacionalnom sudu koristan odgovor na osnovu koga će moći rešiti predmet u kojem vodi postupak. U tom smislu SPEU mora, ako je to potrebno, transformisati postavljena pitanja. Okolnost da je nacionalni sud formalno sastavio prethodno pitanje pozivajući se na neke odredbe prava Unije ne sprečava SPEU da tom sudu da sve

⁵² Članom 1. Direktive propisuje se: „(1) Svrha ove Direktive je uskladiti zakone i druge propise država članica koji se odnose na nepoštene odredbe u ugovorima koji se sklapaju između prodavatelja robe ili pružatelja usluga i potrošača. (2) Ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba i odredaba ili načela međunarodnih konvencija u kojima su države članice ili Unija stranke, posebno u području prijevoza, ne podliježu odredbama ove Direktive.“ U članu 1. tač. (a) Uredbe predviđa se: „Ovom se Uredbom utvrđuju pravila u pogledu sledećeg: informacije koje moraju pružati železnički prevoznici, zaključivanje ugovora o prevozu, izdavanje karata i sprovođenje računarskog sistema informisanja i rezervacija u železničkom prijevozu.“

elemente tumačenja koji mogu biti korisni za donošenje odluke u postupku koji se vodi pred njim, bez obzira na to da li se na njih pozvao u svojim pitanjima. U tom je pogledu na SPEU da iz svih elemenata koje mu je dostavio nacionalni sud, a posebno iz obrazloženja odluke o upućivanju zahteva za prethodnu odluku, izvede elemente prava Unije koji zahtijevaju tumačenje uzimajući u obzir predmet spora.⁵³

Tako, svojim prvim pitanjem nacionalni sud pita da li treba čl. 3 tač. 8 Uredbe br. 1371/2007 tumačiti na način da je situacija u kojoj putnik bez karte uđe u voz kako bi njime putovao obuhvaćena pojmom „ugovor o prevozu“ u smislu te odredbe. U skladu s čl. 3 tač. 8 Uredbe br. 1371/2007, pojam „ugovor o prevozu“ znači „ugovor plaćeni ili besplatan, između železničkog prevoznika ili prodavca karata i putnika o pružanju jedne ili više prevoznih usluga“.

Kad je reč o tekstu čl. 3 tač. 8 Uredbe treba istaći, s jedne strane, da pojam „ugovor“ u svojem uobičajenom smislu označava saglasnost volja koje dovode do stvaranja pravnih dejstava. S druge strane, u okviru područja koje je uređeno Uredbom i s obzirom na tekst odredbe čl. 3 tač. 8, taj učinak se prvenstveno sastoji od obaveze železničkog prevoznika da putniku pruži jednu ili više usluga prevoza i od obaveze putnika da plati cenu, osim ako se usluga prevoza ne pruža besplatno. Proizlazi da su, s jedne strane, ostavljajući slobodan pristup svom vozu i, s druge strane, ukrcavajući se na taj voz kako bi njime putovao, i železnički prevoznik i putnik iskazuju svoju saglasnu volju za ulazak u ugovorni odnos, tako da su nužni uslovi za utvrđivanje postojanja ugovora o prijevozu u načelu ispunjeni. Međutim iz teksta čl. 3 st. 8 Uredbe br. 1371/2007 nije moguće utvrditi da li je putnikovo posjedovanje karte uslov za to.

Kad je reč o kontekstu u kojem se nalazi čl. 3 tač. 8 Uredbe br. 1371/2007, treba istaći, kao prvo, da se pojam „ugovor o prevozu“ nalazi u više drugih odredaba uredbe. Tako čl. 3 tač. 10 Uredbe definiše pojam „jedinstvena karta“ kao „jednu ili više karata koje predstavljaju ugovor o prevozu za uzastopne železničke usluge koje izvodi jedan ili nekoliko železničkih prevoznika“. Član 4, koji se

⁵³ V. presudu *Congregacion de Escuelas Pias Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, tač. 36: „... u okviru postupka saradnje iz člana 267. UFEU-a između nacionalnih sudova i SPEU, zadatak SPEU je da da nacionalnom sudu koristan odgovor na osnovu koga će moći rešiti predmet u kojem vodi postupak. U tom smislu SPEU mora, ako je to potrebno, preoblikovati postavljena pitanja. Okolnost da je nacionalni sud formalno sastavio prethodno pitanje pozivajući se na određene odredbe prava Unije ne sprečava SPEU da tom sudu da sve elemente tumačenja koji bi mogli biti korisni za donošenje odluke u postupku koji se vodi pred njim, bez obzira na to da li se na njih pozvao u svojim pitanjima. U tom je smislu na SPEU da iz svih podataka koje je dostavio nacionalni sud, a posebno iz obrazloženja odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, izvuče one delove prava Unije koje je potrebno tumačiti imajući u vidu predmet spora.“

posebno odnosi na „ugovor o prevozu“, propisuje da „skladno odredbama ovog poglavlja, zaključenje i izvršavanje ugovora o prevozu i pružanje informacija i karata, uređuju se odredbama glava II. i III. Priloga I.“ Uredbe. U Prilogu I, između ostalog, navodi se Naslov II Dodatka A COTIF-a koji se odnosi na zaključivanje i izvršavanje ugovora o prevozu. U skladu s čl. 6 st. 1 tog dodatka, „ugovorom o prevozu prevoznik preuzima prevoz putnika, a gde je primereno, i prevoz prtljaga i vozila, do odredišta te isporuku prtljaga i vozila u mestu odredišta“, dok st. 2 navodi da se ugovor o prevozu mora potvrditi s jednom ili više karata koje su izdate putniku i da na osnovu čl. 9 izostanak, neispravnost ili gubitak karte neće uticati na postojanje ili valjanost ugovora koji ostaje podložan tim Jedinstvenim pravilima koje utvrđuje COTIF. Čl. 6 st. 3 istog Dodatka A dodaje da je karta *prima facie* dokaz o zaključivanju i sadržaju ugovora o prevozu. Dalje, čl. 7 Dodatka A COTIF-a propisuje u st. 1 da opšti uslovi prevoza određuju, između ostalog, formu i sadržaj karte, i u st. 2 tač. (c) da na karti mora biti upisana, između ostalog, svaka druga izjava potrebna kao dokaz o zaključenju i sadržaju ugovora o prevozu i koja omogućava putniku da se pozove na prava koja proizlaze iz tog ugovora. Treba takođe naglasiti da iz čl. 9 st. 2 i 3 Uredbe br. 1371/2007 proizlazi da, ne dovodeći u pitanje st. 4 tog člana, železnički prevoznici prodaju karte putnicima preko najmanje jednog od tri – ili dva ako se radi o kartama za usluge predviđene u okviru ugovora o javnim uslugama – prodajna mesta koja su navedena u tim odredbama, među kojima je navedena i prodaja u vozu. Kao drugo, treba istaći da iz čl. 8 st. 1 Dodatka A COTIF-a, koji se nalazi u Prilogu I uredbe, proizlazi da se cena prevoza plaća unapred, osim ako ne postoji suprotni sporazum između putnika i privoznika. Dalje, čl. 9 tog dodatka A, skladno kojem se primenjuje čl. 6 Dodatka, u st. 1 prvoj rečenici predviđa da putnik, od početka putovanja, mora posedovati valjanu kartu i pokazati je pri pregledu karata. Međutim, čl. 9 u svojoj drugoj rečenici, u tačkama (a) i (b), propisuje da opšti uslovi o prevozu mogu predvideti da putnik koji ne pokaže valjanu kartu mora platiti, osim cene karte, i doplatu i da putnik koji odbije platiti naknadu za prevoz ili doplatu kad se to od njega zatraži mora prekinuti putovanje. Prema čl. 3 tač. 16 Uredbe br. 1371/2007, pojam „opšti uslovi prevoza“ znači „uslovi prevoznika u obliku opštih uslova ili tarifa, koji su na snazi u skladu s pravom u pojedinoj državi članici i koji su zaključenjem ugovora o prevozu postali njegov sastavni deo“, dok je „prevoznik“ definisan čl. 3 tač. 2 uredbe kao „ugovorom utvrđen železnički prevoznik s kojim je putnik zaključio ugovor o prevozu ili niz uzastopnih železničkih prevoznika koji imaju obavezu na osnovu tog ugovora“. Protiv putnika koji ne poseduje valjanu kartu ili odbije platiti kartu kad se od njega to zatraži mogu se istaći, na osnovu čl. 9 dodatka A COTIF-a koji se nalazi u Prilogu I Uredbe br. 1371/2007, opšti uslovi prevoza, i, s obzirom na to

da oni postaju, u skladu s čl. 3 tač. 16 Uredbe u vezi s njenim čl. 3 tač. 2, za potrebe uredbe, sastavni deo ugovora o prevozu između železničkog prevoznika i putnika, iz zaključenja ugovora proizlazi da se takav prevoznik koji dozvoljava slobodan pristup svojim vozovima i putnik koji se ukrca na voz kako bi njime putovao treba-ju smatrati strankama „ugovora o prevozu“, u smislu uredbe, od trenutka u kojem se putnik nalazi u vozu. Naime, u suprotnom slučaju, protiv navedenog putnika na osnovu Uredbe br. 1371/2007 ne bi se mogli istaći opšti uslovi prevoza. Proizlazi da je karta samo sredstvo kojim se ostvaruje ugovor o prevozu u smislu Uredbe br. 1371/2007. Tekst člana 3 tačke 8 Uredbe br. 1371/2007 i kontekst u kojem se nalazi ta odredba dovodi do zaključka da pojam „ugovor o prevozu“ treba smatrati nezavisnim od toga da li je putnik posedovao kartu i da on obuhvata situaciju u kojoj putnik uđe u voz kojem je dozvoljen pristup kako bi njime putovao a da pritom nije kupio kartu. Takvo tumačenje potvrđeno je ciljevima koji se žele postići Uredbom 1371/2007. S jedne strane, u skladu s njenim čl. 1 tač. (a), cilj je, između ostalog, utvrđivanje pravila u pogledu zaključivanja ugovora o prevozu. S druge strane, u uvodnoj izjavi 1 Uredbe istaknuto je, između ostalog, da je u okviru zajedničke prometne politike važno štiti korisnička prava putnika u železničkom prevozu. Dalje, iz uvodne izjave 2 proizlazi da se mora postići visok nivo zaštite potrošača u području prevoza i, u skladu s njenom uvodnom izjavom 3, s obzirom na to da je putnik u železničkom prevozu slabija strana ugovora o prevozu, u tom se smislu moraju štiti njegova prava. Bilo bi protivno tim ciljevima smatrati da pojam „ugovor o prevozu“ u smislu Uredbe br. 1371/2007 treba tumačiti na način da ne obuhvata situaciju u kojoj putnik uđe u voz kojem je dozvoljen slobodan pristup kako bi njime putovao a da pritom nije kupio kartu. Naime, ako bi se moglo smatrati da takav putnik, samo zato što ne poseduje kartu u trenutku u kojem je ušao u voz, nije stranka ugovornog odnosa sa železničkim prijevoznikom koji je dozvolio slobodan pristup svojim vozovima, tom bi se putniku, zbog okolnosti koje su van njegove kontrole, mogla uskratiti prava koja ta uredba daje u vezi sa zaključenjem ugovora o prevozu, što je u suprotnosti s ciljem zaštite putnika u železničkom prevozu koji se želi postići navedenom uredbom i na koji se podseća u uvodnim izjavama 1. do 3 Uredbe.

Na prvo pitanje, proizilazi, treba odgovoriti da član 3 tačku 8 Uredbe br. 1371/2007 treba tumačiti na način da je situacija u kojoj putnik uđe u voz kojem je dozvoljen slobodan pristup kako bi njime putovao a da pritom nije kupio kartu obuhvaćena pojmom „ugovor o prevozu“ u smislu te odredbe.⁵⁴

⁵⁴ Prema mišljenju nezavisnog advokata *Giovanija Pitruzzelle* (od 11. juna 2019) u slučaju negativnog odgovora na prvo pitanje, na drugo pitanje SPEU trebalo bi da odgovori na sledeći način: „Direktiva 93/13/EEZ ne uređuje uslove zaključenja ugovora, a pravila o nepoštenim odredbama

Svojim trećim i petim pitanjem, sud pita da li treba čl. 6 st. 1 Direktive 93/13 tumačiti na način da mu se protivi da nacionalni sud koji utvrdi da je odredba o ugovornoj kazni sadržana u ugovoru zaključenom između trgovca i potrošača nepoštena ublaži iznos kazne koja se stavlja na teret potrošaču ili tu odredbu zameni dispozitivnom odredbom nacionalnog prava. U tom kontekstu, sud se takođe pita da li treba Direktivu 93/13 tumačiti na način da joj se protivi da nacionalni sud, primjenjuje odredbe svog nacionalnog prava koje se odnose na vanugovornu odgovornost.

Najprije treba istaći da je, u ovom slučaju, odredba o ugovornoj kazni koju sud može, zavisno od slučaja, proglasiti nepoštenom, deo opštih uslova prevoza društva NMBS, za koje sud pojašnjava da se „smatraju opšte obavezujućim na osnovu njihove normativne prirode“ i da su predmet „saopštenja u državnom službenom listu“. S obzirom na ta pojašnjenja, treba podsetiti da u skladu s čl. 1 st. 2 Direktive 93/13, ugovorne odredbe koje su odraz, između ostalog, obaveznih odredaba zakona ili drugih propisa ne podležu njenim odredbama. Prema ustaljenoj sudskoj praksi SPEU, i kao što to proizlazi iz trinaeste uvodne izjave Direktive 93/13, isključenje iz područja primene direktive, propisano njenim čl. 1 st. 2, obuhvata odredbe nacionalnog prava koje se primenjuju između ugovornih stranaka nezavisno od njihove volje i odredbe koje se redovno primenjuju, odnosno koje se primenjuju kada u tom pogledu ne postoji drukčiji dogovor stranaka, kao i ugovorne odredbe koje su odraz navedenih odredaba.⁵⁵ To isključenje opravdano je činjenicom da se može pretpostaviti da je, u načelu, nacionalni zakonodavac uspostavio ravnotežu između svih prava i obaveza stranaka u određenim

koja su njoj sadržana načelno se primenjuju samo na ugovorne pravne odnose koje kao takve treba da kvalifikuje sud države članice na osnovu nacionalnog prava. U slučaju putnika koji se koristi uslugama prevoza, a da nije kupio kartu i koji je, zbog takvog ponašanja osim cene karte dužan platiti i dodatak, nacionalni sud treba, u skladu s nacionalnim pravom, odrediti da li je priroda takvog odnosa ugovorna i proceniti mogu li se pravila o nepoštenim odredbama primeniti na svaki odnos između trgovca i potrošača, čak ako se radi o vanugovornim odnosima. Dalje, ocena nepoštenosti odredbe kojom se osim cene karte nalaže i plaćanje dodatka zbog prethodnog izostanka kupovine karte i naknadno propuštenog regulisanja položaja predviđenog opštim uslovima o prevozu, mora se sprovesti na način da se, u skladu s članom 3. Direktive 93/13, utvrdi da li je prouzrokovana znatnija neravnoteža u položaju stranaka, uključujući i činjenicu da se u takvom slučaju isprepliću privatni i javni interesi i uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a posebno protivpravno ponašanje potrošača.“

⁵⁵ V. presudu *Barclays Bank*, C-280/13, EU:C:2014:279, tač. 30: „skladno članu 1. stav 2. Direktive 93/13, ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba [...] ne podležu odredbama ove Direktive“; tač. 31: „Osim toga, skladno trinaestoj uvodnoj izjavi iste direktive, izrazom iz člana 1. stav 2. Direktive 93/13 se obuhvataju i propisi koji se u skladu sa zakonom primenjuju na ugovorne stranke ako nisu utvrđena nikakva drukčija rešenja.“

ugovorima, a koju je zakonodavac Unije izričito nameravao očuvati.⁵⁶ Isključenje iz područja primene Direktive 93/13 pretpostavlja ispunjenje dvaju uslova. S jedne strane, ugovorna odredba mora biti odraz odredbe zakona ili drugih propisa, a, s druge strane, ta odredba mora biti obavezna.⁵⁷ Navedeno isključenje obuhvata obavezne odredbe zakona ili drugih propisa koje se razlikuju od odredbi koje se odnose na obim ovlašćenja nacionalnog suda za ocenu nepoštenosti ugovorne odredbe.⁵⁸ U nadležnosti je nacionalnog suda da proveri da li ispunjeni ti uslovi u svakom pojedinačnom slučaju. Kada sprovodi provere, sud mora voditi računa da, posebno s obzirom na cilj Direktive 93/13, odnosno zaštitu potrošača od nepoštenih odredbi u ugovorima koje su trgovci zaključili s njima, izuzetak uspostavljen čl. 1 st. 2 tumači usko.⁵⁹

U čl. 6 st. 1 Direktive 93/13 određeno je da države članice utvrđuju da u ugovoru koji je trgovac zaključio s potrošačem prema nacionalnom pravu nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača, a da ugovor u tim uslovima i dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba. Nacionalni sud mora preduzeti sve mere koje po nacionalnom pravu proizlaze iz ocene „nepoštenosti“ odredbe o kojoj je reč kako bi se uverio da potrošač nije vezan tom ugovornom odredbom. Kada nacionalni sud smatra određenu ugovornu odredbu

⁵⁶ V. presudu *Barclays Bank*, C-280/13, EU:C:2014:279, tač. 41: „... nacionalne zakonodavne i regulatorne odredbe na koje se odnose pitanja primenjive su bez izmene njihovog područja primene ili njihovog dometa putem ugovorne odredbe. Stoga je opravdano pretpostaviti da je poštovana ugovorna ravnoteža koju je uspostavio nacionalni zakonodavac. Zakonodavac Unije izričito je odlučio očuvati tu ravnotežu, kako i proizlazi iz trinaeste uvodne izjave i člana 1. stav 2. Direktive 93/13.“

⁵⁷ V. presude *Kušionová*, C-34/13, EU:C:2014:2189, tač. 78 i *Andrić i dr.*, C-186/16, EU:C:2017:703, tač. 28: „... to isključenje pretpostavlja kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta. S jedne strane, ugovorna odredba mora biti odraz zakonske ili regulatorne odredbe, a, s druge strane, ta odredba mora biti obavezna.“

⁵⁸ V. presude *Banco Santander i Escobedo Cortés*, C-96/16 i C-94/17, EU:C:2018:643, tač. 44: „navedeno isključenje obuhvata obavezne zakonske ili regulatorne odredbe koje se ne odnose na nadzor nepoštenih odredaba, odnosno one koje se ne odnose na obim ovlašćenja nacionalnog suda za ocenu nepoštenosti ugovorne odredbe.“

⁵⁹ V. presude *Asbeek Brusse i De Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, tač. : „Treba napomenuti da se, u skladu sa članom 1(2) Direktive, njene odredbe ne primenjuju na ugovorne uslove zasnovane na obaveznim zakonskim propisima i odredbama. Na nacionalnom sudu je da proveri da li je to slučaj sa uslovima koji su predmet spora pred njim“ i, *Andrić i dr.*, C-186/16, EU:C:2017:703, tač. 29“ kako bi se utvrdilo da li je ugovorna odredba isključena iz područja primene Direktive 93/13, na nacionalnom je sudu da proveri da li je ta ugovorna odredba odraz odredbi nacionalnog prava koje se primenjuju na ugovorne strane nezavisno od njihove volje ili onih koje su dispozitivne prirode i stoga automatski primenjive, odnosno ako se ugovorne strane u tom smislu nisu drugačije sporazumele.“

nepoštenom, on je obavezan izuzeti od primene takvu odredbu kako ona ne bi imala obavezujuće dejstvo na potrošača, osim ako se potrošač ne protivi tome.⁶⁰ Član 6 st. 1 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da se toj odredbi protivi pravilo nacionalnog prava koje u slučaju kada nacionalni sud utvrdi ništavost nepoštenih odredbe u ugovoru zaključenom između poslovnog subjekta i potrošača tom sudu omogućuje dopunu tog ugovora uz izmenu sadržaja ugovorne odredbe.⁶¹ Konkretno, ta se odredba ne može tumačiti na način da se njome nacionalnom sudu omogućuje da, u slučaju kada utvrdi nepoštenost odredbe o ugovornoj kazni u ugovoru zaključenom između trgovca i potrošača, smanji iznos kazne stavljene na teret potrošaču, umesto da u odnosu na njega u potpunosti izuzme iz primene tu odredbu.⁶² Ugovor tako u načelu mora nastaviti važiti bez ikakve druge izmene osim one koja proizlazi iz otklanjanja nepoštenih uslova, ako je takav kontinuitet ugovora pravno moguć prema pravilima nacionalnog prava.⁶³ Kada bi nacionalni sud mogao izmeniti sadržaj nepoštenih odredbi ugovoru, takva mogućnost mogla bi naštetiti ostvarenju dugoročnog cilja postavljenog čl. 7 Direktive 93/13. Naime, takvom bi se nadležnošću doprinelo otklanjanju preventivnog dejstva na trgovca, koji postoji samom činjenicom neprimjene takvih nepoštenih uslova na potrošače, jer bi ti trgovci i dalje bili u iskušenju upotrebiti pomenute uslove, svesni činjenice

⁶⁰ V. u tom smislu *presude Asbeek Brusse i de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, tač. 49: „Nacionalni sud mora izvući sve zaključke koji, u skladu sa nacionalnim pravom, proizilaze iz utvrđivanja nedozvoljenosti dotičnog uslova kako bi se osiguralo da ono nije obavezujuće za potrošača. S tim u vezi, SPEU je pojasnio da nacionalni sud ne primenjuje ugovornu odredbu ako smatra da je nepoštena, osim ako se potrošač protivi.“

⁶¹ V. presudu, *Kásler i Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, tač. 77: „Član 6. stav 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da je toj odredbi protivno pravilo nacionalnog prava koje u slučaju utvrđenja ništavosti nepoštenih odredbe u ugovoru sklopljenom između poslovnog subjekta i potrošača nacionalnom sudu omogućuje dopunu ugovora uz izmenu sadržaja te ugovorne odredbe.“

⁶² V. *presude Asbeek Brusse i De Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, tač. 59. i, *Unicaja Banco i Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, EU:C:2015:21, tač. 29: „Član 6(1) Direktive ne može se tumačiti na način da nacionalni sud, ako utvrdi da je kaznena klauzula u ugovoru zaključenom između trgovca i potrošača nepoštena, može smanjiti kaznu izrečenu potrošaču umesto da odbije primenu predmetne klauzule jer se ona u celini odnosi na tog potrošača.“

⁶³ V. *presude Asbeek Brusse i De Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, tač. 57 i, *Unicaja Banco i Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, EU:C:2015:21, tač. 28: „kada je reč o posledicama koje treba izvesti iz utvrđenja da je odredba ugovora između potrošača i trgovca nepoštena, iz sadržaja člana 6. stav 1. Direktive 93/13 proizlazi da su nacionalni sudovi obavezni samo izuzeti iz primene nepoštenu ugovornu odredbu kako ona ne bi imala obavezujuće dejstvo na potrošača, a da pritom nisu nadležni preispitati njen sadržaj. Naime, taj ugovor u načelu mora nastaviti važiti bez bilo koje druge izmene osim one koja proizlazi iz otklanjanja nepoštenih uslova, ako je takav kontinuitet ugovora pravno moguć prema pravilima nacionalnog prava.“

da čak i ako se ti uslovi proglase ništavim nacionalni sud svejedno može prilagoditi ugovor u meri u kojoj je to potrebno, na način da time zaštiti interes trgovaca.⁶⁴ SPEU prihvatio je izuzetak utvrdivši da se čl. 6 st. 1 Direktive 93/13 ne protivi da nacionalni sud, u skladu s načelima ugovornog prava, ukloni nepoštenu odredbu zamenjujući je dispozitivnom odredbom nacionalnog prava, pod uslovom da ta zamena bude u skladu s ciljem čl. 6 st. 1 Direktive 93/13 i omogućuje ponovno uspostavljanje stvarne ravnoteže između prava i obaveza ugovornih stranaka, koja je takve prirode da ponovno uspostavlja jednakost stranaka. Međutim, SPEU je ograničio tu mogućnost na slučajeve u kojima bi nacionalni sud zbog nevaljanosti nepoštenih odredbe morao poništiti ugovor u celosti, čime bi potrošača izložio za njega nepovoljnim posledicama.⁶⁵

U odnosu na pitanje da li je moguće da sud primeni pravila svog nacionalnog prava o vanugovornoj odgovornosti dovoljno je istaći da je svrha Direktive 93/13, u skladu s njenim čl. 1 st. 1, uskladiti zakone i druge propise država članica koji se odnose na nepoštenih odredbe u ugovorima koji se zaključuju između trgovca i potrošača, te da ona ne sadržava nijednu odredbu o vanugovornoj odgovornosti. Stoga pitanje da li vanugovorna odgovornost ulazi u područje primene Direktive 93/13 nije potrebno razmotriti (ulazi u područje primene nacionalnog prava).

Na „kraju“, član 6 stav 1 Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se protivi, s jedne strane, da nacionalni sud koji utvrdi da je odredba o ugovornoj kazni sadržana u ugovoru zaključenom između trgovca i potrošača nepoštena ublaži iznos kazne koji mora platiti potrošač i, s druge strane, da nacionalni sud zameni navedenu odredbu dispozitivnom odredbom nacionalnog prava primenom

⁶⁴ V. presudu *Asbeek Brusse i De Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, tač. 58: „... s obzirom na prirodu i značaj javnog interesa koji čini osnovu zaštite zagarantovane potrošačima, Direktiva 93/13 zahteva od država članica, kao što je vidljivo iz člana 7(1), da predvide adekvatna i efikasna sredstva za sprečavanje daljeg korišćenja nepoštenih uslova u ugovorima koje sa potrošačima sklapaju trgovci. Ako bi nacionalni sud bio otvoren za reviziju sadržaja nepoštenih uslova sadržanih u takvim ugovorima, takvo ovlašćenje bi moglo da ugrozi postizanje dugoročnog cilja člana 7. Direktive, jer bi oslabilo odvratajući efekat na trgovce direktne neprimene tih nepoštenih uslova u odnosu na potrošača.“

⁶⁵ V. presudu *Unicaja Banco i CaixaBank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, EU:C:2015:21, tač. 33: „Tačno je da je Sud takođe priznao mogućnost da nacionalni sud nepošteni uslov zameni dispozitivnom odredbom nacionalnog prava, pod uslovom da ta zamjena bude u skladu s ciljem člana 6. stav 1. Direktive 93/13 i omogućava uspostavljanje stvarne ravnoteže između prava i obaveza ugovornih stranaka. Međutim, ta mogućnost ograničena je na slučajeve u kojima nacionalni sud zbog nevaljanosti nepoštenog uslova mora u celosti poništiti ugovor, čime potrošača izlaže za njega nepovoljnim posledicama.“

načela svog ugovornog prava, osim ako ugovor ne može nastaviti postojati u slučaju brisanja nepoštene odredbe i ako bi poništenje čitavog ugovora izložilo potrošača posebno nepovoljnim posledicama.

ZAKLJUČAK

Zaštita potrošača od nepravinih ugovornih odredbi ostvarena je okvirno donošenjem Direktive o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima iz 1993. godine. Definicija Direktive ukazuje da se odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo (uz kumulativno ispunjenje i ostalih uslova), koja je antipod načelu savesnosti i poštenja, pritom uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana što za posledicu ima štetu za potrošača, treba smatrati nepraviniom. Reč je o uslovima predviđenim ovim aktom za kvalifikovanje određene odredbe kao nepravine bez da su kriterijumi (za uslove) precizirani i definisani. Iz tog razloga postoji siva lista – popis klauzula (dakle *exempli causa*) koje se mogu smatrati nepraviniom. Broj tih klauzula nije *numerus clausus*, pa je na sudovima država članica ispitivanje pojedinih uslova. To svakako uzrokuje nejednaku primenu prava. Iz tog razloga su i prikazani slučajevi iz prakse nekoliko država članica (Španije, Poljske, Belgije i Slovačke) u kojima su nacionalni sudovi ali i Sud pravde Evropske unije pronalazili zajedničke elemente za procenjivanje kriterijuma nepravine. Sudovima i SPEU nije bilo teško da utvrde kriterijum individualnog pregovaranja. Naime, reč je o neoborivoj pretpostavci da ukoliko je jedna ugovorna odredba donesena unapred i potrošač nije učestvovao u pregovaranju ona se ima smatrati kao odredba o kojoj se nije individualno pregovaralo. *Onus probandi* je na trgovcu. Sudovi su u konkretno analiziranim slučajevima potencirali razumno obaveštavanje potrošača kako bi se u celosti upoznao sa verovatno nepraviniom klauzulom. Posle toga nacionalni sudovi a pogotovu SPEU, analizirali su da li dolazi do izrazite neravnoteže (da li je narušeno načelo ekvivalentnosti uzajamnih davanja) u pravima i obavezama ugovornih strana. I ovaj kriterijum je teško odvojeno posmatrati u odnosu na ostale kriterijume. On je dovođen i treba da bude doveden u vezu sa ostalim uslovima a posebno sa načelom savesnosti i poštenja (odnosno njegovim narušavanjem). Za SPEU je relevantna prekomerna i značajna neekvivalentnost uz sprovedeno istraživanje međusobnog odnosa trgovca i potrošača u vreme zaključenja ugovora. Analizi su bile i podvrgnute pravne prirode ugovora u konkretnim slučajevima ali i ostale relevantne okolnosti (kao što su na primer odredbe odgovarajućih pravnih propisa država članica a s obzirom na načelo *Iura novit curia*).

Najteže je bilo utvrditi ispunjenje trećeg uslova a to je protivnost načelu savesnosti i poštenja, s obzirom na to da on u različitim pravnim porecima nosi različite

nazive (*bona fide*, razumnost). Bez obzira na ovu činjenicu svim nazivima ovog trećeg uslova jedan je zajednički i ključni imenitelj a to je da se uzimaju u obzir uobičajena očekivanja učesnika obligaciono-pravnog odnosa. Blanketna norma uzeta je kao kriterijum, a sud u konkretnom slučaju (dakle *ad hoc* u pozitivnoj konotaciji te reči) uzima u obzir sve okolnosti i činjenice. Sagledavanjem i proučavanjem sudске prakse zaključujemo kako je prilikom procenjivanja da li je odredba protivna načelu savesnosti i poštenja potrebno uzeti u obzir isto međusobni odnos položaja u kome su se strane u pregovorima nalazile. Daje se odgovor na pitanje da li je potrošač prethodno bio naveden na zaključenje ugovora. SPEU je ispitivao pravni položaj stranke te da li je potrošač ima alternativne solucije, da li su odredbe bile posebno nepravične i otežavajuće. Svi uslovi od strane SPEU nisu mogli da budu ispitivani izolovano već kao komplementarna celina.

Prof. Dr. DRAGAN VUJISIĆ

Full Professor, Faculty of Law

University of Kragujevac

Dr. MILAN RAPAJIĆ

Associate Professor, Faculty of Law

University of Kragujevac

UNFAIR PROVISIONS IN CONSUMER CONTRACTS IN THE PRACTICE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The paper analyzes the provisions of Directive 93/13/EEC on unfair provisions in consumer contracts and the practice of the Court of Justice of the European Union regarding the interpretation and adoption of the final position on the said provisions and regarding the cases that were first brought before the national courts of individual member states. The main goal of the Directive is to strengthen the position of consumers (which the Court of Justice of the European Union has confirmed in its individual decisions) when concluding contracts that contain unfair contractual provisions that have not been individually negotiated. The Directive states an abstract and general provision that highlights three conditions that must be met a certain contractual clause would qualify as unfair. These are: a clause that was not individually negotiated, the opposite of the principle of conscientiousness and honesty, and a significant imbalance in the negotiating positions. The paper notes that certain criteria are not defined, but it is left to the courts of the member states as well as the Court of Justice of the European Union to autonomously assess each provision without neglecting the circumstances of each specific case. For this reason, most of the work is devoted to the jurisprudence of national courts and the Court of Justice of the European Union in the interpretation of unfair clauses in consumer contracts.

Key words: unfair terms, Directive 93/13/ EEC on unfair terms in consumer contracts, principle of good faith and honesty, Court of Justice of the European Union

Literatura

- Auloy J. C., Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2006.
- Baretić M., „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima“, *Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača* (Baretić M. i dr.), Narodne novine, Zagreb, 2003.
- Peel E., *Treitel The Law of Contract*, Twelfth Edition, Sweet&Maxwell, London, 2007.
- Perović S., (glavni redaktor), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Pošćić A., „Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, 2006, Split, 2006.
- Tenreiro M., „Et contrats, concurrence, consommation“, *Les revues Europe*, Pariz, 1993.
- Tenreiro, M., „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems“, *European Review of Private Law*, Vol. 3, 1995.
- Vuković, Z., „Nepripravne ugovorne odredbe posebno u potrošačkim ugovorima“, magistarski rad, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, Kragujevac, 2012.

PREGLEDNI RAD

MATEJA DUROVIC

CONTRACT LAW AND NEW TECHNOLOGIES: THE EXAMPLE OF SMART CONTRACTS

Fourth Industrial Revolution has brought numerous challenges to diverse areas of law. Likewise, traditional contract law, in the last years, has been materially affected by the development and application of new technologies. One of the most noticeable examples of these effects are the smart contracts as a form of new technology that secures automatic execution of the promises established through a legal contract. This paper examines the phenomenon of smart contracts from the perspectives of national and international contract law with the attempt to assess the position that smart contracts have and should have in the system of traditional contract law.

Key words: *smart contracts, blockchain technology, contract law, civil law, common law*

INTRODUCTION

Smart contract is a new phenomenon whose relevance and presence in practice is continuously rising. The concept of smart contracts is itself not radically new as it is almost three decades old. It was developed in the last decade of the twentieth century by computer scientist and cryptographer Nick Szabo. Szabo defined smart contract as a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract.¹ The first example of a smart contract used by Szabo was

Dr. Mateja Durović, Associate Professor (Reader) in Law, King's College London, UK, e-mail: mateja.durovic@kcl.ac.uk.

¹ Nick Szabo, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", *Extropy Journal of Transhuman Thought*, Issue 16, 1996.

the famous example with the vending machine as an automated machine that provides diverse items, such as chocolates, drinks or snacks in exchange for money as an automated transaction that does not require involvement of a third party and happens automatically.

However, smart contracts have become popular only in the last couple of years as the technological developments, in particular the blockchains, enabled their application in practice. Since then, we can follow the incredibly book of smart contracts technology throughout the world. The existence of blockchain technology is of existential important to smart contracts as smart contracts exist across a distributed, decentralized blockchain network and it is the code that controls the execution. Smart contracts can be encoded on any blockchain, but, in reality, they are typically written down on Ethereum blockchain.² This is because Ethereum gives them unlimited processing capacity. Ethereum as platforms runs smart contracts code when a user sends it a message that some condition has been fulfilled (e.g. purchased goods have been delivered).

THE NOTION OF SMART CONTRACTS

To start with, in order to understand properly smart contracts, the name “smart contracts” itself is very confusing and certainly inadequate as the notion of smart contract itself is a misnomer.³ As an initial observation, it is important to emphasize that smart contracts are neither smart, nor they are contracts in the legal sense, so the terminology used to explain this form of new technology is wrong and has thus led to a confusion. Smart contracts are not smart because the current stage of technological developments does not allow using of smart contracts to any of commercial transactions which is a more complex one. Typically, smart contracts are agreements which are stored on an immutable blockchain that is time stamped and distributed across potentially millions of nodes,⁴ a union of three legal and technological features:

i) the automated performance of at least some contractual obligations by a computer program without human intervention (‘self-enforcement’),

² See: <https://ethereum.org/>.

³ Jeffrey M. Lipshaw, “Persistence of ‘Dumb’ Contracts”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, Vol. 2, 2019, 12.

⁴ George Dimitropoulos, “The Law of Blockchain”, *Washington Law Review*, No. 3, Vol. 95, 2020.

- ii) the deployment of the program on a distributed ledger which either contracting party cannot unilaterally alter, and
- iii) the contract's legal enforceability.⁵

As seen from their three features, smart contracts are not solely contracts in the *stricto sensu* legal nature, but rather computer codes stored and replicated on the system and supervised by the network of computers that run the blockchain.⁶

BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND SMART CONTRACTS

Although blockchain and smart contracts are often discussed together, particularly in the context of cryptocurrency transactions, the two are distinct – in fact, Szabo's vending machine analogy was formulated prior to the development of blockchain. However, blockchain has become heavily associated with the promise of an expanded functionality for smart contracts precisely because of its ability to serve as a reliable record of a transaction.⁷ Blockchains are not themselves transacting platforms but merely event-recording databases, or ledgers, that cannot easily be tampered with, and a smart contract's code may execute either 'in' the blockchain or outside it.⁸ The distributed ledger technology that makes up a smart contract has long been synonymous with blockchain, but the two are not identical. Just as a permissioned blockchain is arguably not a form of distributed ledger technology, so smart contracts could theoretically be deployed on non-blockchain distributed ledgers, although in practice the majority of smart contracts involve blockchain.

The attraction of blockchain

Blockchain's attractiveness as a secure record of transactions is tied to its perceived potential to facilitate transactions where parties might otherwise not trust each other enough to transact. This paper focuses on permissionless blockchains, and not permissioned blockchains.⁹ While many different types

⁵ The Law Commission, *Smart Contracts Call for Evidence*, 2020, para. 2.5.

⁶ Nikolas Guggenberger, "The Potential of Blockchain for the Conclusion of Contracts", *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, (Eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Sebastian Lohsse), Nomos, Baden-Baden, 2017, 83-97.

⁷ Eliza Mik, "Smart contracts: Terminology, technical limitations and real world complexity", *Law, Innovation and Technology*, Issue 2, Vol. 9, 2017, 286.

⁸ *Ibidem*, 278.

⁹ Legal Risks Beneath Blockchain-Enabled Smart Contracts, <https://lawgazette.com.sg/feature/legal-risks-beneath-blockchain-enabled-smart-contracts>, 06.07. 2022.

of blockchains exist, only permissionless blockchains can be said to be decentralised, visible to all, and devoid of any access restrictions.¹⁰ However, even centralised ledgers may qualify as distributed ledgers if permissions are held by more than one party. The use of permissionless blockchains is a large part of the attraction of smart contracts, making the contents of the contract almost impossible to modify in any manner, by any single party.¹¹ As smart contracts cannot be altered retroactively, this is what makes them very desirable to the businesses: parties can be reassured that the promises which they have made will eventually get executed and that no single person can stop that execution. This promise of certainty underpins the claim made by some that Blockchain would permit even anonymous parties to contract with each other, as a facilitator of trust in trustless environments.¹²

The limits of blockchain functionality

In practice, the actual functionality of blockchain in relation to its perceived advantages for smart contracts, while not illusory, is currently of very narrow application. While permissionless blockchains provide a secure record that a transaction occurred, the mere evidence of a transaction does not include the validation that a particular transaction, or even an underlying contract, is legally-enforceable and not subject to any vitiating factors.¹³ Any guaranteed performance they currently provide is largely limited to the performance of payment obligations; blockchains cannot themselves record data from off-chain events which constitute most contractual triggers for payment, like the successful delivery of goods, but must receive data from external sources through selected channels, often called oracles – which may not themselves be trustless, or even entirely accurate.¹⁴ Should contracting parties wish to automate multiple aspects of performance, the need for them to designate both data sources and oracles by agreement is likely to minimise the possibility of contracting in a completely trustless environment.

¹⁰ E. Mik, op. cit., 273.

¹¹ Primavera De Filippi, Aaron Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, II.4.

¹² Building Trust In The Trustless: Blockchain's Best Asset Is Holding It Back, <https://www.forbes.com/sites/jemmagreen/2019/03/31/building-trust-in-the-trustless-blockchains-best-asset-is-holding-it-back/?sh=23aa81e8768f>, 07.07.2022.

¹³ E. Mik, op. cit., 279.

¹⁴ Wang Feng, "Blockchain Bills of Lading and their Future Regulation", *NUS Law Working Paper 2021/008*, 2021.

SMART CONTRACTS V. LEGAL CONTRACTS

As shall be seen from the following legal definitions of contract, smart contracts are better understood as a means of performing and creating some essential elements of a contract, rather than as entirely self-contained contracts.

Contracts in the common law

Under most legal systems that derive from English law, contracts are understood as legally enforceable agreements between two or more parties, consisting of an offer made with clear terms and an intention to be legally bound immediately upon acceptance, a clear and unconditional acceptance of the offer on its terms by words or conduct, and valid consideration of any monetary value.¹⁵ While no requirements are placed on the form that contracts must take, the vast majority of commercial contracts are written, and courts have generally required that an offer contain all the terms of a contract.¹⁶ Offers need not be directed at any particular person but can be made at large¹⁷ - hence Szabo's analogy between smart contracts and vending machines, which are immediately bound to dispense a product at the price displayed when a consumer accepts the machine's offer by keying in the product's code and pays the price displayed as consideration.

Szabo's analogy illustrates why smart contracts are, in themselves, not contracts: they merely guarantee one aspect of contractual performance - the dispensing of a chosen product - and do not actually hold out all the terms of an offer, such as any liability exclusions for loss. As Eliza Mik points out, for smart contracts to go beyond vending machines in automating not only performance but contractual formation, the computer program of a smart contract would have to embody contractual terms and conditions wholly or at least partially in code.¹⁸ In fact, most uses of smart contracts outside cryptocurrency trading continue to be based on a separate natural language agreement, not least because of the difficulty of expressing open-textured legal concepts like good faith and reasonableness within the If-Then conditional structure of code.¹⁹ Insofar as smart contracts do not comprehensively embody all terms of an offer, they remain analogous to Szabo's

¹⁵ *Chappell & Co v. Nestle Co Ltd.* [1959] UKHL 1.

¹⁶ *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28.

¹⁷ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1892] EWCA Civ. 1.

¹⁸ E. Mik, op. cit., 281.

¹⁹ P. De Filippi, A. Wright, op. cit.

vending machines, as merely a means of contractual performance, rather than a source of any binding contractual obligations.

Contracts in the civil law

In the civil law jurisdictions, contracts are a consensus of expressed consents whose aim is to produce certain legal effects: to establish, modify or abolish diverse rights and obligations. For instance, the French Civil Code defines a contract as formed by ‘the meeting of an offer and an acceptance by which the parties demonstrate their willingness to deal with each other’,²⁰ which may be constituted by words or unconditional conduct. Unlike under English Law, a general duty exists in some civil codes that contracts be negotiated, formed, and performed in good faith as a matter of public policy²¹ - an open-textured requirement which would be difficult to capture in code. As in the common law, smart contracts are not legal contracts at all in any of these two meanings, but merely a form of new technology used to execute promises established through a legal contract.²²

In short, the main difference between smart contracts and legal contracts is that the legal contracts define the relationship between the contractual parties, whereas smart contracts define the execution of promises between parties. However, there are more substantial differences between smart contracts and legal contracts - they will be explained below.

The first differences in the manner in which smart contracts and legal contracts are the expressed and the deployed language:²³ Smart contracts are written in a programming language, such as Solidity, and presented in a code that machine can read, whereas legal contracts are presented in natural languages such as English, Italian or French.

The second difference is on who is expected to perform: in case of smart contracts, it is always the software that performs without the need to involve anyone else, whereas in case of legal contracts, performance is carried out by humans.

²⁰ French Code Civil, Art. 1113, translated by the authors. The original reads: “*La rencontre d’une offre et d’une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s’engager*”.

²¹ French Code Civil, Art. 1103: “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d’ordre public*”.

²² Alexander Savelyev, “Contract Law 2.0: ‘Smart’ Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law”, *Information & Communications Technology Law*, Issue 2, Vol. 26, 2017.

²³ Jason G. Allen, “Wrapped and Stacked: ‘Smart Contracts’ and the Interaction of Natural and Formal Language”, *European Review of Contract Law*, Issue 4, Vol. 14, 2018.

Third, the difference is in the contents, where the contract is contained: a machine will carry out a contract that is contained in a software, whereas in case of legal contracts, legal language and terms are being used.

Fourth, the difference is related to the execution and its flexibility: the smart contracts carry out the action literally and there is no possibility for a change or correction of errors, whereas in case of legal contracts there is more flexibility and possibility for correction of contract errors, if any.

Fifth, there is a different outcome in case of ambiguousness of a contract: in case of ambiguous code, it may happen that the machine does not execute at all the action encoded in a smart contract or to executes the action improperly, whereas in case of ambiguous terms of legal contracts, there is much more flexibility to fix the unclarity and it is more likely that the promises will get executed in the form they were initially planned.

THE RELEVANCE OF SMART CONTRACTS

The attraction of smart contracts

Currently, the most important question posed in the context of smart contracts is the issue of their validity in the eyes of the law.²⁴ The enforceability of contractual transactions using smart contracts is relevant not only from the perspective of contractual parties using them, but also from the aspects of investments in line with the growing interest in smart contracts.²⁵ Unlike the technological questions of automated performance and trustlessness, the question of enforceability is a legal one and cannot be resolved by technological means alone – except insofar as the law would specify.

Smart contracts represent one of the forms of new technologies that is currently being developed and investors want to be sure that their investments are justified, and that the investment will pay off, i.e. that parties will use smart contracts in practice and pay for them. And parties will use smart contracts only if this is fully in line with the applicable law and they know that such transactions are safe and enforceable. Accordingly, legal systems have to confirm that the transactions using smart contracts are actually enforceable in the eyes of the law. All this will result in an increased legal certainty followed by confidence of market participants and investors in smart contracts.

²⁴ US Chamber of Digital Commerce, *Smart Contracts: Is the Law Ready?*, 2018, 35.

²⁵ See in that aspect: UK Jurisdiction Task Force, *Legal statement on cryptoassets and smart contracts*, 2019.

As stated above, the reasons why smart contracts are becoming popular for the businesses and why parties would use them is due to the fact that they guarantee security, permanence, efficiency, and immutability of a commercial transaction.²⁶ In that manner, a party to a contract is ensured that particular promise established on a contract will be executed, and particular transactions recorded securely on the blockchain. It is important to note that, as it stands now, there is no technological or theoretical way how a transaction coded in a form of a smart contract could be stopped.²⁷

Smart contracts enable performance of promises established through a contract without involvement of a third party (e.g. a bank or a judge). Smart contracts are saving money and time: as smart contracts are established on distributed ledgers, usually blockchains, that exist between all permitted parties, there is no need to involve an intermediary or the contractual parties themselves to execute the promises. In that sense, smart contracts help contractual parties exchange money, property, shares or anything they want in a conflict-free way without involvement of a third party. This is a huge advantage of smart contracts as they significantly reduce the chances of non-performance of the contract. However, this may be also a disadvantage, in case of a justified reason for failure to perform (e.g. force majeure, something very relevant in the period of coronavirus pandemic) as execution of smart contracts cannot be modified.

The current applications and limits of smart contracts

Smart contracts are being applied in diverse sectors. For an example, they turned out to be very successful in case of tenancy agreements.²⁸ In case of tenancy agreement, it can be agreed that the front door of the leased apartment can only be opened with an automated key that can be only used if the monthly rent is paid. If not, the smart contract automatically blocks the key of the door and the tenant cannot enter the flat due to the unpaid rent, without the need for further enforcement

²⁶ Mateja Durovic, Andre Janssen, “The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Eds. Larry DiMatteo, Michel Cannar, Cristina Poncibò) Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

²⁷ At most, parties could code a conditional requirement for the fulfilment of further performance – for instance, validation of a particular delivery by signature, in order for further deliveries to take place. Even in this example, there would be no way to completely halt performance once a contract has been entered into, as at least some performance would have taken place.

²⁸ See: <https://midasium.herokuapp.com/smart-tenancy>.

action by the landlord - a very practical usage indeed. Similar situation is with the leased car that can be used only if the monthly lease has been correctly paid.

As it stands now, they can be used only to the straightforward transactions where “if” and “then” simple and clear parameters are used. In other words, smart contracts cannot include any term that is ambiguous in any way, they can only be used for simple transaction where the situation is straightforward. For example, smart contract can be used in a situation where if trader A delivers 100t of wool, trader B will then pay trader A 100 000 EUR, without possibility for any kind of alternation.

The limitations of smart contracts

The problem is that smart contracts cannot deal with more complex transactions, such as commercial transactions containing a condition as a requirement for contractual fulfilment. They cannot solve the problem in situations, or when, for instance, a seller does not in fact deliver or if a buyer does not pay the price for the goods – a problem that cannot be solved by blockchain alone, since the data sources which feed into the blockchain may be susceptible to malicious alteration.²⁹ Likewise, the question of what happens where after-sales conditions are not met, as in the case of defective delivered goods, is not resolvable by smart contracts. For example, if we, to the hypothetical transaction outlined in the section above, add some kind of requirements related to the quality of purchased goods or the transportation or delivery related requirements. To be fully fair, what is important to note here is that smart contracts cannot cover these kinds of situations *at this moment*, but that does not mean that they will not be able to include them in the future as the technological developments are constantly evolving and smart contracts technology is continuously improving. Moreover, smart contracts open up some other the legal questions.³⁰

REGULATORY FRAMEWORK

An analysis of the regulation of smart contracts must be made with reference to existing principles of general contractual regulation, because ‘(a)ll topics

²⁹ Legal Risks Beneath Blockchain-Enabled Smart Contracts, <https://lawgazette.com.sg/feature/legal-risks-beneath-blockchain-enabled-smart-contracts>, 07.07.2022.

³⁰ Roberto Pardolesi, Antonio Davola, “What is Wrong in the Debate About Smart Contracts”, *Luiss Guido Carli University Working Paper*, 2019.

(of interpretation, arbitration, liability etc.), nonetheless, deserve attention only if we believe that a smart contract is, at the very end, a (type of) contract³¹. As smart contracts are still in their nascent stage, much more questions in relations to them are posed than are the answers provided. A lot of unclarity in relation to smart contracts is to be clarified in the future, primarily because smart contracts are still to be tested by the judges and lawyers.

Smart contracts are to be understood in the context of freedom to contract as the most fundamental principle of contract law that allows to the contractual parties to regulate their contractual relationship in line with their desires and possibilities. In that sense, it seems unproblematic to allow the usage of smart contracts in order to secure partial or full execution of promises established on the ground of a legal contract.

From the perspective of freedom of contract, the soil of common law jurisdictions is more favourable for smart contracts than the one in civil law jurisdictions. This is because common law contains much less regulatory requirements than the civil law (e.g. absence of general principle of good faith in contract law) which makes their application easier in practice. More complications are to be faced in cases of business-to-consumer transactions where regulatory requirements are much more demanding (e.g. due to the requirements related to the fairness and transparency of contract terms).³² Smart contracts are certainly disrupting consumer markets and the existing framework of consumer protection.³³

The approach towards smart contracts includes three policy options from the perspective of contract law, otherwise broadly known as coherentism, rules-based regulatory-instrumentalism, and technological management:³⁴

a) *Coherentism or keeping contract law as it is* – traditional contract law is sufficient and adequate to address smart contracts, so no changes are needed, and any new contractual developments can and must be conceptualised within an existing framework of contract law. For instance, in an early instance of partially-automated contractual formation, liability-exclusion signs at the entrance of a carpark's automated gantry were held by an English court to be terms

³¹ *Ibidem*, 6.

³² See: Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L095/29.

³³ Joshua Fairfield, "Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection", *Washington and Lee Law Review*, Issue 2, Vol. 71, 2014.

³⁴ Roger Brownsword, "Smart contracts", *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges*, (Eds. Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich, Philipp Hacker, Ioannis Lianos), Oxford Academic, Oxford, 2019.

incorporated into an offer to the world, an offer accepted by drivers who drove their vehicles into the carpark.³⁵

b) *Rules-based regulatory-instrumentalism, or revising contract law* – the existing contract law needs to be modified and adapted to address challenges brought by smart contracts. For instance, in response to the decision on liability-exclusion signs at carpark entrances, the United Kingdom’s Unfair Contract Terms Act 1977 rendered some kinds of exclusion clauses ineffective while limiting the scope of others.³⁶

c) *Technological Management or the view that contract law will become redundant* – this is in line with the principle “code as law”, in the context that code (software) is entirely replacing law. Instead of using rules backed by sanctions for breaches of regulatory standards, this approach advocates using technology to secure *ex-ante* compliance with regulatory objectives, akin to the example in the first half of this chapter of apartment doors automatically locking upon non-payment of rent. In practice, this approach is more theoretical than practical, as the very notion of legal enforceability entails that a contract be recognised by the state as having distinct legal effects.

It seems that the most likely option, as it stands now, is the combination of options a) and b) as traditional contract law will be maintained as much with some modification to adapt it to the challenges and particularities brought by smart contracts and to secure validity of commercial transactions that deploy smart contracts. Some jurisdictions have already taken this approach, applying existing principles of contractual formation to agreements for bitcoin trading concluded by automatic means.³⁷ However, the rules-based regulatory-instrumentalist approach of enacting new and specific rules aimed specifically at smart contracts merits particular attention.

An essentially important question is how smart contracts fit into the existing framework of contract law. Applicable law is a very important issue as enforceability of smart contracts will depend on the applicable law.

Regulation of smart contracts in specific jurisdictions

Both within the common law and civil law traditions, some jurisdictions, such as Italy, have already introduced special laws securing enforceability of smart

³⁵ *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* [1970] EWCA Civ. 2.

³⁶ Unfair Contract Terms Act 1977.

³⁷ *Quoine Pte Ltd. v. B2C2 Ltd.* [2020] SGCA(I).

contracts.³⁸ Similarly within common law jurisdictions, Singapore has proposed an Omnibus Act to consolidate three pieces of legislation that regulate some aspects of smart contracts, although the existing legislation only regulates smart contracts insofar as they involve digital tokens or personal privacy concerns.³⁹ All these jurisdictions have adopted such pieces of legislation in order to demonstrate that they are commercial and investment friendly and that they are open to support the deployment of new technologies, including smart contracts, in the commercial transactions.

Even where no special laws have been introduced, the use of smart contracting may fit into existing legal frameworks. Some civil law jurisdictions have flexible frameworks on the formation of contracts, like the Swiss Code's specification that a contract is formed by parties' reciprocal manifestation of their intent to contract, which may be express or implied,⁴⁰ thereby allowing for the possibility of wholly-coded obligations with no natural-language equivalent.

However, it is possible to imagine jurisdictions whose legal system might not recognize smart contracts, or might restrictively allow them, prohibiting them, for example, in case of business-to-consumer transactions – hence the relevance of targeted statutory intervention. Moreover, given the large volume of commerce that occurs across jurisdictional boundaries, the effectiveness of smart contract regulation is likely to depend less on the individual approaches taken by particular jurisdictions than on trans-jurisdictional frameworks which can provide legal certainty to commercial parties.

Within the United States, whose 50 states each constitute a separate legal jurisdiction, the implementation of laws to specifically regulate smart contracts has driven by the initiative of states. In Arizona, the law states that “Smart Contracts may exist in commerce. A contract relating may not be denied legal effect, validity or enforceability solely because that contract contains a smart contract term.”⁴¹

In another USA state, Tennessee, the newly adopted law states:

§ 47-10-201: (...) “*Smart contract*” means an event-driven computer program, that executes on an electronic, distributed, decentralized, shared, and replicated ledger

³⁸ Italy, Law Decree No. 135/2018.

³⁹ Monetary Authority of Singapore, *Consultation Paper on a New Omnibus Act for the Financial Sector*, 2020.

⁴⁰ Valentin Botteron, Blaise Carron, “How Smart can a contract be?”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, (Eds. Olivier Hari, Daniel Kraus, Thierry Obrist), Edward Elgar Publishing, 2019.

⁴¹ Arizona Revised Statutes, Title 44 (Trade and Commerce), §44-7601C, available at: <https://www.azleg.gov/ars/44/07061.htm>.

that is used to automate transactions, including, but not limited to, transactions that: (A) Take custody over and instruct transfer of assets on that ledger; (B) Create and distribute electronic assets; (C) Synchronize information; or (D) Manage identity and user access to software applications.

§ 47-10-202: (a) A cryptographic signature that is generated and stored through distributed ledger technology is considered to be in an electronic form and to be an electronic signature. (b) A record or contract that is secured through distributed ledger technology is considered to be in an electronic form and to be an electronic record. (c) Smart contracts may exist in commerce. No contract relating to a transaction shall be denied legal effect, validity, or enforceability solely because that contract is executed through a smart contract.⁴²

In addition to these state acts, federal law also makes some provision for smart contracts. The Uniform Electronic Transactions Act (UETA), first drafted around same time that smart contracts were conceptualised in 1999, has been enacted by all but 2 states, and its provisions on contractual enforceability are echoed by the Arizona and Tennessee provisions on smart contracts. The UETA, which applies to ‘applies to any electronic record or electronic signature created, generated, sent, communicated, received, or stored’ contains the following definitions:⁴³

*Electronic record - means a record created, generated, sent, communicated, received, or stored by electronic means.*⁴⁴

*Electronic signature - means an electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with a record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record.*⁴⁵

*A record or signature may not be denied legal effect or enforceability solely because it is in electronic form.*⁴⁶

*A contract may not be denied legal effect or enforceability solely because an electronic record was used in its formation.*⁴⁷

In the past the development of new forms of contractual transactions also attracted responses within the European Union. For example, parallel with the Development of online trade and e-commerce, it is possible to observe the development

⁴² Tennessee Code, Title 47 (Commercial Instruments and Transactions), Chapter 10, §201 as amended by Senate Bill 1662, available at: <https://legiscan.com/TN/text/SB1662/2017>.

⁴³ UETA 1999, s4.

⁴⁴ *Ibidem*, s2(7).

⁴⁵ *Ibidem*, s2(8).

⁴⁶ *Ibidem*, s7(a).

⁴⁷ *Ibidem*, s7(b).

of the common European rules in this area the European Directive 2000/31/EC on E-Commerce⁴⁸ or the Directive 97/7/EC on distance selling⁴⁹ (subsequently replaced by the Directive 2011/83/EU on consumer rights⁵⁰). The European Directive 2000/31/EC on E-Commerce, adopted some twenty years, at the dawn of e-commerce development, points out that:

*Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.*⁵¹

It is possible to imagine that the European Union in near future develops a similar piece of legislation, like the one on e-commerce, requiring its Member States to recognize the enforceability of commercial transactions using smart contracts.

International instruments

On a global level, the UNCITRAL developed the UNCITRAL Model Law on E-Commerce in 1996, and the Electronic Communications Convention (ECC), the latter of which entered into force in 2013. The Convention provides that:

A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.⁵²

Similarly, the Convention provides that an electronically-concluded contract may meet any formal requirements for contracts under the law of an implementing state if ‘the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.’⁵³

⁴⁸ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), *OJ L 178, 17.07.2000, 1–16*.

⁴⁹ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ L 144, 04.06.1997, 19–27*.

⁵⁰ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *OJ L 304, 22.11.2011, 64–88*.

⁵¹ EU Directive 2000/31/EC on E-Commerce, Art. 9(1).

⁵² ECC 2005, Art. 8(1).

⁵³ ECC 2005, Art. 9(2).

The ECC's direct impact has been limited thus far, with only 15 member states having acceded to the Convention as of July 2022, with 4 of them limiting the scope of the Convention's implementation in domestic law.⁵⁴ However, the UNIDROIT and UNCITRAL have been working together on smart contracts and what the international legal response should be.⁵⁵ The conclusion reached was to continue work in this area in the future and to come up, possibly, with a joint international legal instrument.⁵⁶

KEY ISSUES

Allocation of risk between parties

One key issue would be whether, and if so how, regulation should intervene to adjust the distribution of loss between contracting parties in the event that a smart contractual bargain is not performed. Far from ensuring the exact fulfilment of parties' contractual bargains, smart contracts merely guarantee the irreversible performance of a particular instruction expressed in code – which, given the existence of programming bugs in most code, is likely to contain mistakes.⁵⁷ Moreover, as seen earlier, most contracts are likely to continue to be based on at least some natural-language terms, with any coded obligations likely to be merely a translation of such terms. This division means that smart contracts are likely to be programmed by IT experts and not lawyers, but under the instructions of lawyers who have negotiated the natural language contracts, thereby raising the question of who may be held liable for any programming mistake. Even if code executes correctly, the inherent gap between natural language terms and code may mean that the code's execution does not produce the result that the parties' intended, as occurred in the Singapore case of *Quoine*. A *laissez-faire* approach to contractual risk-allocation based solely on parties' agreement is likely to clash with existing statutory frameworks, notably consumer law, which recognise the lower risk-bearing

⁵⁴ Status: United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, https://uncitral.un.org/en/texts/e-commerce/conventions/electronic_communications/status, 07.07.2022.

⁵⁵ <https://www.unidroit.org/89-news-and-events/2663-uncitral-unidroit-workshop-on-smart-contracts-artificial-intelligence-and-distributed-ledger-technology-summary-of-conclusions-published%20>.

⁵⁶ Joint UNIDROIT/UNCITRAL Workshop, <https://www.unidroit.org/english/news/2019/190506-unidroit-uncitral-workshop/conclusions-e.pdf>, 7.

⁵⁷ E. Mik, op. cit., 292.

ability of particular classes of contracting parties. Regulatory intervention will therefore likely be necessary to allocate risk in at least some contractual scenarios, while upholding freedom of contract as a general principle.

Illegality

In addition, the challenge is how to secure that smart contracts are not used to unlawfully circumvent rules and protection provided by the legal system, for example to be deployed for transactions involving illegal weapon or drug trading. This concern flows from the potential of smart contracts, when deployed on blockchain, to create a secure environment that allows parties to transact anonymously with each other. Although this trustlessness is, as seen earlier, currently highly circumscribed by the need for agreement on off-chain data sources and oracles, the possibility of anonymous contracting has sparked fears that parties could structure transactions to evade judicial oversight or compliance with existing laws. Since computer code does not consider the legal question of contractual enforceability unless programmed to do so, discrepancies can occur between the factual execution of a contract and its legality.

The self-enforceability and inability of courts to stop the performance of a smart contract could in principle result in illegal contracts being performed,⁵⁸ exacerbating already existing reservations about cryptocurrency and blockchain being used for illicit means. This possibility, although currently remote, merits the attention of policymakers, particularly as any solution is likely to involve balancing the opposite consideration of cybersecurity and privacy.

Privacy and cybersecurity

In contrast to concerns about anonymous contracting, the opposite concern raised by smart contracts' deployment on distributed ledger technology is that the privacy of contractual terms may be compromised. Particularly in permissionless blockchain, transactions are propagated across a peer-to-peer network, rendering them publicly visible to network nodes. Without strong privacy protections, smart contracts may prove unsuitable for transactions where confidentiality of terms is important. Moreover, the increasing prevalence of cybercrime raises the possibility that malicious actors might alter the data sources, or even target the code, of a smart contract. As it stands now, from the cybersecurity perspective, smart

⁵⁸ P. De Filippi, A. Wright, op. cit.

contracts are safe, but the question is what will happen in the future with the development of new technologies that will enable, possibly, hacking of smart contracts and result in increasing of risk for smart contracts, emphasizing the question of liability. This is an area where, almost certainly, we can expect the developments in the future.

Jurisdiction

One more open question in relation to smart contracts is the issue of applicable law as well as forum for disputes arising from smart contracts.⁵⁹ The question of applicable law is something that makes the regulation of smart contracts very challenging due to the transnational nature of smart contractual deployment. The question of jurisdiction is especially relevant to determining questions of contractual illegality and parties' access to a judicial remedy for contractual disputes, for instance when code malfunctions. This is because the smart contracts can be operated by different computers located in different jurisdictions and thus having a very strong cross-border dimension. Accordingly, in practice, this may make it more difficult to identify the law applicable to the smart contract.⁶⁰ Within the European Union, the Rome 1 Regulations provide a framework for determining applicable law, as the parties' express choice of governing law,⁶¹ or else the law of closest connection – in most cases the law of the habitual residence of the party required to effect performance,⁶² with exceptions for specific types of contracts like consumer contracts.⁶³ A potential problem may arise where the contracting parties are anonymous,⁶⁴ in which case the court must take into account all circumstances to determine governing law.⁶⁵ In practice, governing law clauses cannot as yet be

⁵⁹ Giesela Ruhl, "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?," *Blockchain, Law and Governance*, (Eds. Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo), Springer, 2020.

⁶⁰ How to Resolve Smart contract Disputes – Smart Arbitration as a Solution, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/06/law-and-autonomous-systems-series-how-resolve-smart-contract-disputes>.

⁶¹ Council Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2004] OJ L 177, Art. 3.

⁶² Rome I, Art. 4.

⁶³ *Ibidem*, Art. 6.

⁶⁴ The Law Applicable to Smart Contracts, or Much Ado About Nothing, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/01/law-applicable-smart-contracts-or-much-ado-about-nothing>, 07.07.2022.

⁶⁵ Rome I, Art. 4(4).

easily coded, and are likely to continue being expressed in natural language, with existing conflict-of-laws principles continuing to apply.

Substantive standards

Aside from public policy considerations, the cross-border nature of transactions involving smart contracts would be likely to increase pressures for a harmonisation of standards, in order to provide transacting parties with legal certainty. An open question in case of smart contracts is the issue of interpretation its contents,⁶⁶ particularly in the application of diverse existing contract law standards to smart contracts. A notable example of divergent standards is the general requirement of good faith, absent from English law but present in many legal systems. A key challenge is how parties may ensure that the requirement of good faith is fulfilled, where required by the law governing a contract.⁶⁷ These differences, and the necessity of preserving the ability of courts to interpret contractual terms, may translate into requirement that natural language contracts be used as a condition of legal enforceability.

Another key question of standards, especially relevant in the context of the coronavirus pandemic, is the application of the doctrine of force majeure, or when parties may be excused from failing to perform their contractual promises if the failure is a result of force majeure. Given the complexity of contractual performance, parties may often legitimately choose to suspend performance, for instance where a seller refuses to deliver goods to a buyer that has already become insolvent.⁶⁸ Now, a challenge is how it will be secured that smart contracts take into consideration the occurrence of force majeure as the execution of the encoded promise into a smart contract can neither be stopped nor postponed, and may therefore undermine the legitimate exercise of commercial rights.

CONCLUSIONS

The discussion of alternatives to regulation is a subset of the wider debate on the regulation of digital platforms, in which the wholesale replacement of regulatory and legal standards in the name of party autonomy – the ‘code is law’ approach

⁶⁶ Michel Cannarsa, “Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts?”, *European Review of Private Law*, Issue 6, Vol. 26, 2018, 773–785.

⁶⁷ Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

⁶⁸ W. Feng, *op. cit.*

- is not currently in favour. Even in business-to-business transactions, attempts by big businesses to form associations and self-regulate are likely to face more scrutiny for their compatibility with existing rules in competition law.⁶⁹ Given the public policy issues of access-to-justice and illegality at stake in the regulation of smart contracts, a completely market-based approach is unlikely to be adopted. Instead, a halfway house could lie in co-regulation, having businesses which deploy smart contracts cooperate with ‘independently constituted and fully representative bodies’ charged with monitoring the various public policy impacts of digitisation, including smart contracts.⁷⁰ In the insurance industry, where smart contracts have already been deployed in flight-delay insurance,⁷¹ the European Insurance and Occupational Pensions Authority has already begun industry-specific consultations on the application of smart contracts.⁷² At a national level, it remains to be seen whether governments will prioritise setting up such new bodies in their post-pandemic policies.

Dr MATEJA DUROVIC
Vanredni profesor, King’s College London

OBLIGACIONO PRAVO I MODERNE TEHNOLOGIJE: PRIMER PAMETNIH UGOVORA

Rezime

Četvrta industrijska revolucija donela je brojne izazove različitim oblastima prava. Isto tako, tradicionalno ugovorno pravo je poslednjih godina značajno pogođeno razvojem i primenom novih tehnologija. Jedan od najuočljivijih primera ovih efekata jesu pametni ugovori kao oblik nove tehnologije koja obezbeđuje automatsko izvršenje obećanja utvrđenih punovažnim ugovorom. Ovaj rad ispituje fenomen pametnih ugovora iz perspektive nacionalnog i međunarodnog ugovornog prava sa pokušajem da se proceni pozicija koju pametni ugovori imaju i treba da imaju u sistemu tradicionalnog ugovornog prava.

Cljučne reči: pametni ugovori, blockchain tehnologija, ugovorno pravo, kontinentalno pravo, anglosaksonsko pravo

⁶⁹ R. Brownsword, op. cit.

⁷⁰ Bart Cammaerts, Robert Mansell, “Digital Platform Policy and Regulation: Toward a Radical Democratic Turn”, *International Journal of Communication*, Vol. 14, 2020, 148.

⁷¹ AXA goes blockchain with fizzy, <https://www.axa.com/en/magazine/axa-goes-blockchain-with-fizzy>, 07.07.2022.

⁷² European Insurance and Occupational Pensions Authority, *Discussion paper on blockchain and smart contracts in insurance*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.

Bibliography

- Allen J. G., “Wrapped and Stacked: ‘Smart Contracts’ and the Interaction of Natural and Formal Language”, *European Review of Contract Law*, Issue 4, Vol. 14, 2018.
- Botteron V., Carron B., “How Smart can a contract be?”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, (Eds. Olivier Hari, Daniel Kraus, Thierry Obrist), Edward Elgar Publishing, 2019.
- Brownsword R., “Smart Contracts”, *Regulating Blockchain: Techno-social and Legal Challenges*, (Eds. Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich, Philipp Hacker, Ioannis Lianos), Oxford Academic, Oxford, 2019.
- Cammaerts B., Mansell R., “Digital Platform Policy and Regulation: Toward a Radical Democratic Turn”, *International Journal of Communication*, Vol. 14, 2020.
- Cannarsa M., “Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts?”, *European Review of Private Law*, Issue 6, Vol. 26, 2018.
- De Filippi P., Wright A., *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.
- Dimitropoulos G., “The Law of Blockchain”, *Washington Law Review*, No. 3, Vol. 95, 2020.
- Durovic M., Janssen A., “The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Eds. Larry DiMatteo, Michel Cannar, Cristina Poncibò) Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Fairfield J., “Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection”, *Washington and Lee Law Review*, Issue 2, Vol. 71, 2014.
- Feng W., “Blockchain Bills of Lading and their Future Regulation”, *NUS Law Working Paper 2021/008*, 2021.
- Guggenberger N., “The Potential of Blockchain for the Conclusion of Contracts”, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, (Eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Sebastian Lohsse), Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Lipshaw J. M., “Persistence of ‘Dumb’ Contracts”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, Vol. 2, 2019.
- Mik E., “Smart contracts: Terminology, technical limitations and real world complexity”, *Law, Innovation and Technology*, Issue 2, Vol. 9, 2017.
- Pardolesi R., Davola A., “What is Wrong in the Debate About Smart Contracts”, *Luiss Guido Carli University Working Paper*, 2019.
- Ruhl G., “Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?”, *Blockchain, Law and Governance*, (Eds. Benedetta Cappiello & Gherardo Carullo), Springer, 2020.

- Savelyev A., “Contract Law 2.0: ‘Smart’ Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law”, *Information & Communications Technology Law*, Issue 2, Vol. 26, 2017.
- Szabo N., “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, *Extropy Journal of Transhuman Thought*, Issue 16, 1996.
- Zimmermann R., Whittaker S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

GORDANA ILIĆ POPOV

JEDNAKOST FIZIČKIH LICA – OBVEZNIKA POREZA NA NEPOKRETNOSTI PRED ZAKONOM U USTAVNOSUDSKOJ PRAKSI SRBIJE

Jedno od osnovnih ustavnih načela je da su svi jednaki pred zakonom i ono ima poseban značaj u oblasti oporezivanja. S aspekta tog načela, u radu se analiziraju odluka Ustavnog suda Srbije i Izdvojeno mišljenje povodom inicijative za utvrđivanje saglasnosti s Ustavom Republike Srbije odredbe Zakona o porezima na imovinu, prema kojoj se kod utvrđivanja poreza na imovinu obveznika koji ne vodi poslovne knjige vrednost nepokretnosti ne umanjuje za amortizaciju, ako skupština jedinice lokalne samouprave uopšte ne utvrdi ili ne utvrdi u skladu sa zakonom, odnosno u propisanom roku ili ne objavi visinu stope amortizacije. Na vrednost nepokretnosti, osim korisne površine, lokacije, opremljenosti i drugih elemenata utiče i okolnost da se nepokretnost amortizuje tokom godina od gradnje. Autorka zbog toga razmatra da li je Ustavni sud svojom većinskom odlukom doprineo horizontalnoj jednakosti fizičkih lica – obveznika poreza na nepokretnosti i tako ostvario svoju ulogu „čuvara“ zakonitosti, pravde i ustavnih prava poreskih obveznika.

Ključne reči: jednakost pred zakonom, amortizacija, porez na imovinu, porez na nepokretnosti, Ustavni sud Srbije

U V O D

Porez na imovinu se plaća na različita prava (pravo svojine, pravo zakupa, pravo korišćenja) na nepokretnosti (građevinsko, poljoprivredno, šumsko i drugo zemljište, stambene i poslovne zgrade, stanovi, poslovne prostorije, garaže i drugi

Prof. dr Gordana Ilić Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: gordana@ius.bg.ac.rs.

građevinski objekti, odnosno njihovi delovi)¹ koje se nalaze na teritoriji Republike Srbije. Taj porez se ne smatra osnovnim porezom u srpskoj poreskoj strukturi² jer je njegovo fiskalno učešće u ukupnim tekućim prihodima Republike Srbije nisko, odnosno iznosi manje od 1%.³ Međutim, u budžetima jedinica lokalne samouprave učestvuje sa značajno većim procentom,⁴ s tim što postoji razlika između opština i gradova – učešće je najčešće oko 5%, mada u nekim opštinama porez na imovinu čini manje od 2% ukupnih lokalnih tekućih prihoda, dok u pojedinim gradovima i opštinama prelazi 15% (na primer, grad Beograd, opštine Negotin, Svilajnac i dr.).⁵ Porez na nepokretnosti „kompenzuje“ mali fiskalni značaj okolnošću da zbog nemobilnosti poreske osnovice smanjuje ekonomske distorzije i najmanje negativno deluje na privredni rast.⁶ Prelazak poreza na imovinu iz režima zajedničkog (ustupljenog) prihoda Republike Srbije i jedinice lokalne samouprave u režim izvornog prihoda jedinica lokalne samouprave⁷ uticao je na njegov veći bilansni značaj jer su opštine i gradovi zainteresovani da poboljšaju efikasnost njegove naplate.⁸

¹ Zakon o porezima na imovinu – ZPI, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2001, *Službeni list SRJ*, br. 42/2002, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012, 47/2013, 68/2014, 95/2018, 99/2018, 86/2019, 144/2020 i 118/2021, čl. 2.

² Glavni porezi, odnosno porezi u širem smislu u srpskom poreskom sistemu su: doprinosi za obavezno socijalno osiguranje, porez na dodatu vrednost, akcize, porez na dohodak građana i porez na dobit pravnih lica. V. Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 14–15.

³ Na primer, u 2008. godini učešće je iznosilo 0,57%, a u 2013. godini 0,78%. V. Pregled naplaćenih i raspoređenih prihoda po osnovu poreza na imovinu i ukupnih tekućih prihoda za period od 2008. do 2013. godine, Ministarstvo finansija RS, Uprava za trezor – Sektor za javna plaćanja i fiskalnu statistiku. Upor. D. Popović, *op. cit.*, 469.

⁴ Tony Levitas, Dušan Vasiljević, Aleksandar Bučić, „Porez na imovinu – analiza stanja i perspektiva reformi“, *Poreska politika u Srbiji – Pogled unapred* (red. Milojko Arsić), USAID Sega projekat, Beograd, 2010, 101.

⁵ Dušan Vasiljević, *Porez na imovinu: Međunarodna iskustva i praksa u Srbiji*, Beograd, 2017, 265.

⁶ „... najsnažniji negativan uticaj na rast privrede ima porez na dobit preduzeća, zbog izražene međunarodne mobilnosti kapitala ...“ V. Saša Randelović, „Ekonomske performanse poreskog sistema Srbije“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, Beograd, 2021, 198–199. V. takođe: Gordana Ilić Popov, „Ekonomska, socijalna i politička funkcija poreza na imovinu u Srbiji“, *Univerzalno i osobeno u pravu* (ur. Ognjen Vujović), Tom II, Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2018, 443–456.

⁷ Zakon o finansiranju lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013, 125/2014, 95/2015, 83/2016, 91/2016, 104/2016, 96/2017, 89/2018, 95/2018, 86/2019, 126/2020, 99/2021 i 111/2021, čl. 6, tač. 1.

⁸ Upor., na primer: Milojko Arsić *et al.*, *Reforme poreza na imovinu u Srbiji: Rezultati i perspektive*, Fondacija za razvoj ekonomske nauke, Beograd, 2012, 22. Međutim, pojedini stručnjaci su

Na smanjenje evazije poreza na imovinu i porast prihoda uticalo je takođe povećanje obuhvata poreza uvođenjem većeg broja nepokretnosti u sistem oporezivanja posredstvom postupka legalizacije i evidentiranjem u katastru.

OPŠTOST PORESKE OBAVEZE I JEDNAKOST U OPOREZIVANJU

Pred Ustavom i zakonom svi su jednaki.⁹ Jednakost pred zakonom je antipod diskriminaciji kojoj je inherentna nejednakost. Otuda se zabranom diskriminacije otklanja različit tretman iste ili slične situacije, odnosno neposredna ili posredna diskriminacija po bilo kom osnovu.¹⁰ „Princip jednakosti pred zakonom i princip zabrane diskriminacije predstavljaju dvije strane iste medalje.“¹¹ Primena tih ustavnih principa često nije jednostavna u poreskom pravu jer su poreske situacije najčešće vrlo složene i kompleksne te zahtevaju dobar izbor odgovarajućih poreskih instrumenata i poreskih mera kojima se postiže pravičnost poreskog sistema, odnosno pravda u oporezivanju.¹²

S obzirom na to da poreska oslobođenja predstavljaju odstupanje od opštosti poreske obaveze posredstvom koje se ostvaruje ustavno načelo jednakosti pred zakonom, jednakost građana u oblasti oporezivanja je relativna.¹³ Cilj poreskih oslobođenja nije obezbeđenje privilegija samo pojedinim (odabranim i povlašćenim) poreskim obveznicima nego je reč o meri poreske politike kojom se ostvaruju ekonomski, socijalni, politički, ekološki i drugi ciljevi. Naime, poreske olakšice ne odobrava poreski organ prema svojoj diskrecionoj proceni već na njih imaju pravo svi poreski obveznici koji ispunjavaju uslove propisane poreskim zakonom. Upravo zbog toga poreska oslobođenja ne narušavaju (zakonsku) jednakost

na osnovu analize podataka raspoloživih za 143 jedinice lokalne samouprave u Srbiji utvrdili da kod velikog broja lokalnih samouprava naplata nije imala značajniji uticaj na povećanje prihoda od poreza na imovinu. V. Dušan Vasiljević *et al.*, *Porez na imovinu u Srbiji*, Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije, Beograd, 2017, 37-39, 51-55.

⁹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 16/2022, čl. 21.

¹⁰ Kees van Raad, *Non-Discrimination in International Tax Law*, Kluwer Law International, 1986, 9.

¹¹ Ilija Vukčević, „Ustavni princip jednakosti građana pred zakonom u poreskom sistemu Crne Gore: Ustavnost Zakona o taksama (porezima) na usluge od opšteg interesa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, Rijeka, 2014, 765-766.

¹² Hrvoje Arbutina, „Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5/6, Zagreb, 2012, 1290.

¹³ V. više: Gordana Ilić-Popov, Dejan Popović, „Jednakost građana u poreskom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 33, Banja Luka, 2011, 139-159.

poreskih obveznika. Drugim rečima, svi obveznici su u jednakom i ravnopravnom položaju u pogledu prava da koriste poreske pogodnosti u formi poreskih oslobođenja, odbitaka, izuzimanja, snižene poreske stope ili poreskog kredita jer svako da bi mogao da koristi to pravo prethodno mora da ispuni iste zakonske uslove i kriterijume.

USTAVNOSUDSKA INTERVENCIJA U PORESKO ZAKONODAVSTVO

Ustav ne definiše predmet, postupak i način oporezivanja nego uređivanje poreskog sistema prepušta zakonodavcu. Iako je zakonodavac načelno samostalan, on je ograničen osnovnim načelima koja proklamuje Ustav, odnosno ustavnim principima na kojima se temelji pravni poredak zemlje.¹⁴ U tom smislu, Ustavni sud može da interveniše u poresko zakonodavstvo sa ciljem da poreska rešenja budu u saglasnosti sa ustavnim vrednostima.¹⁵ Doktrina „jednakosti u istoj pravnoj situaciji“¹⁶ koju je Ustavni sud izgradio u interesu je ne samo poreskih obveznika nego i države, odnosno poreskog poverioca. Iz dosadašnje prakse Ustavnog suda Srbije zaključujemo da poreska materija nije bila često predmet ustavnog preispitivanja, što međutim ne znači da su poreski propisi uvek potpuno jasni, precizni i određeni. Ali, i kad formulacija poreskopravne odredbe omogućava njeno različito tumačenje (što otvara još veći prostor za nelegitimnu poresku evaziju) nužno je da ona bude usaglašena sa najvišim pravnim aktom u zemlji.

Pred Ustavnim sudom Srbije je, na osnovu podnete inicijative, u martu 2017. godine bio pokrenut postupak za utvrđivanje neustavnosti odredaba čl. 5, st. 3 i 4 ZPI. Reč je o (ne)priznavanju amortizacije kod utvrđivanja osnovice poreza na imovinu na lokalnom nivou.

Vrednost nepokretnosti utvrđuje nadležni organ jedinice lokalne samouprave¹⁷ na osnovu korisne površine¹⁸ i prosečne cene kvadratnog metra odgovarajućih

¹⁴ „Cjelina ustavnih vrijednosti kao temeljnog određenja društvene zajednice prožima i sferu oporezivanja te se ovlast zakonskog uređenja poreznog sustava ograničava tim fundamentalnim državnim usmjerenjem, koje nije ostavljeno na raspolaganje trenutnoj političkoj volji.“ V. Matija Miloš, Valentino Kuzelj, „Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svetlu zahtjeva socijalne države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 4, Split, 2021, 1109.

¹⁵ *Ibidem*, 1110–1111.

¹⁶ G. Ilić-Popov, D. Popović, op. cit.

¹⁷ Reč je o organu koji je nadležan za utvrđivanje, naplatu i kontrolu izvornih prihoda jedinice lokalne samouprave. V. ZPI, čl. 5, st. 2.

¹⁸ Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-00870/2020-04 od 24.11.2020. godine.

nepokretnosti¹⁹ u zoni u kojoj se nepokretnost nalazi.²⁰ Jednakost poreskih obveznika nije narušena time što svaka lokalna samouprava utvrđuje prosečnu cenu odgovarajućih nepokretnosti po zonama na svojoj teritoriji²¹ pošto su cene u prometu uz naknadu nepokretnosti različite po zonama iste jedinice lokalne samouprave, odnosno između opština i gradova. Ne postoji razuman razlog koji bi opravdao da prosečna cena kvadratnog metra nepokretnosti bude ista u gradskoj opštini glavnog grada i, primera radi, u opštinama Boljevac, Bogatić i dr. Na vrednost nepokretnosti (osim zemljišta) utiču takođe i vreme izgradnje, odnosno vreme njenog korišćenja.

Ustavni sud je odbio kao neosnovan zahtev za utvrđivanje neustavnosti odredbe čl. 5, st. 3 ZPI. Čl. 5, st. 3 ZPI glasi: „Vrednost nepokretnosti iz stava 1 ovog člana, osim zemljišta, može se umanjiti za amortizaciju po stopi jednakoj za sve nepokretnosti na teritoriji jedinice lokalne samouprave, koja iznosi do 1% godišnje primenom proporcionalne metode, a najviše do 40%, počev od isteka svake kalendarske godine u odnosu na godinu u kojoj je izvršena izgradnja, odnosno poslednja rekonstrukcija objekta, a na osnovu odluke skupštine jedinice lokalne samouprave o visini stope amortizacije koja važi na dan 1. januara godine za koju se utvrđuje porez na imovinu i koja je objavljena u skladu sa ovim zakonom.“ Zabunu stvara formulacija „može se umanjiti“, koja navodi na zaključak da jedinice lokalne samouprave nisu u obavezi da priznaju amortizaciju u poreske svrhe. Međutim, stanoviše Ustavnog suda je da navedena odredba ne može da se tumači na način da do umanjenja poreske osnovice za amortizaciju ne mora uopšte da dođe ukoliko tako odluči jedinica lokalne samouprave. „Mogućnost“ se odnosi jedino na samostalnost jedinice lokalne samouprave da utvrdi visinu stope amortizacije, ali koja mora da bude u okviru ograničenja koja su propisana zakonom.²² Takva mogućnost utiče samo na visinu umanjenja po osnovu amortizacije u jedinici lokalne samouprave, ali ne dovodi u pitanje priznavanje umanjenja poreske osnovice po tom osnovu.²³

¹⁹ Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-01457/2014-04 od 6.1.2015. godine.

²⁰ ZPI, čl. 6. V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 07-00-00336/2017-04 od 17.5.2017. godine.

²¹ ZPI, čl. 7a. V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-01210/2021-04 od 2.12.2021. godine.

²² Zakonska ograničenja su se menjala, pa je tako od 1.1.2009. godine godišnja stopa amortizacije iznosila 1,5%, a najviše do 70%. V. čl. 5, st. 2 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 5/2009. Od 1.1.2011. godine godišnja stopa amortizacije smanjena je na 0,8%, a najviše do 40%. V. čl. 5, st. 2 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2010.

²³ Pošto skupština svake jedinice lokalne samouprave svojom odlukom utvrđuje stopu amortizacije najviše do godišnjeg, odnosno ukupnog zakonskog limita stope amortizacije se mogu razlikovati

S druge strane, Narodna skupština kojoj se kao zakonodavcu obratio Ustavni sud za razjašnjenje pomenutog spornog ustavnopravnog pitanja je u svom odgovoru istakla da „ukoliko opština ili grad ne donesu odluku o visini stope amortizacije, oni nisu prekršili Zakon jer nisu ni imali zakonsku obavezu da to učine niti je na taj način povređeno pravo poreskog obveznika pošto ono Zakonom nije ni ustanovljeno.“ Osim toga, zakonodavac je smatrao da nema nejednakog tretmana ni diskriminacije jer ako lokalna samouprava odluči da utvrdi i objavi visinu stope amortizacije ona će biti ista za sve nepokretnosti na njenoj teritoriji. Tako usko posmatrano tačno je da su sva fizička lica – vlasnici nepokretnosti na teritoriji iste opštine ili grada u jednakom poreskom položaju. Međutim, postoji diskriminacija poreskih obveznika sa teritorija različitih opština i gradova, a svi oni su rezidenti iste države Srbije, o čemu će kasnije biti više reči.

Čl. 5, st. 4 ZPI je glasio: „Ako skupština jedinice lokalne samouprave ne utvrdi visinu stope amortizacije, ili je ne utvrdi u skladu sa ovim zakonom (Zakonom o porezima na imovinu – *prim. aut.*), ili je utvrdi a ne objavi u skladu sa stavom 3 ovog člana, kod utvrđivanja poreza na imovinu vrednost nepokretnosti iz stava 1 ovog člana ne umanjuje se za amortizaciju.“ Taj stav je bio unet u tekst ZPI i počeo da se primenjuje od 1.1.2014. godine²⁴ te su od tada pravo na umanjenje poreske osnovice po osnovu amortizacije imali samo oni poreski obveznici čija se nepokretnost nalazi na teritoriji jedinice lokalne samouprave čiji je nadležni organ doneo odluku o visini stope amortizacije, pri čemu godišnja stopa amortizacije mora da bude u skladu sa onom koju propisuje ZPI²⁵ i tu odluku mora da objavi na propisan način i u zakonskom roku. Takvim zakonskim rešenjem opštinama i gradovima je dat pravni osnov da „modeliraju“ poresku osnovicu.²⁶

Jedinice lokalne samouprave su, dakle, imale dve mogućnosti – da utvrde u skladu sa zakonom i objave visinu stope amortizacije, odnosno da ne priznaju

između jedinica lokalne samouprave (slično važi i za poreske stope poreza na nepokretnosti koji plaća poreski obveznik koji ne vodi poslovne knjige). Međutim, jednakost poreskih obveznika pred zakonom nije ugrožena takvim razlikama jer je amortizacija kao objektivna činjenica uzeta u obzir kod utvrđivanja vrednosti nepokretnosti u svakoj jedinici lokalne samouprave.

²⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 47/2013.

²⁵ Podzakonski akti moraju da budu saglasni zakonu. V. Ustav Republike Srbije, čl. 195, st. 1.

²⁶ U slučaju kad skupština jedinice lokalne samouprave utvrdi i objavi visinu stope amortizacije, ali koja je različita od one propisane Zakonom (na primer, koja je viša od 1% godišnje ili prelazi najviši iznos od 40%) ili, pak, utvrdi stopu amortizaciju u skladu sa Zakonom, ali je ne objavi, vrednost nepokretnosti kod utvrđivanja poreza na imovinu se ne umanjuje za iznos amortizacije. V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 413-00-00018/2013-04 od 14.9.2015. godine; Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 430-00-00448/2015-04 od 20.11.2015. godine.

amortizaciju kod utvrđivanja osnovice poreza na nepokretnosti obveznika koji ne vodi poslovne knjige.²⁷ U oba slučaja vrednost nepokretnosti na teritoriji iste jedinice lokalne samouprave bi se utvrđivala na isti način: ili je stopa amortizacije jednaka za sve nepokretnosti obveznika – fizičkog lica na toj teritoriji (nezavisno od vrste nepokretnost i zone u kojoj se nalazi) ili se nijednom obvezniku koji na području konkretne opštine, odnosno grada ima nepokretnost poreska osnovica neće umanjivati po osnovu amortizacije. Zakonodavac je razlog za takvo zakonsko rešenje nalazio u fiskalnoj decentralizaciji i pravu jedinice lokalne samouprave da vodi poresku politiku za koju oceni da je efikasna s obzirom na to da je porez na nepokretnosti njen izvorni prihod te da lokalna samouprava postupa u granicama Zakona u oba slučaja – i ako donese odluku o visini stope amortizacije, ali i ukoliko odluči da ne iskoristi Zakonom datu mogućnost.

Međutim, Ustavni sud Republike Srbije je utvrdio da odredba čl. 5, st. 4 ZPI nije u saglasnosti sa Ustavom te da prestaje da važi danom objavljivanja odluke Suda²⁸ u Službenom glasniku RS, odnosno 18. decembra 2018. godine.²⁹

Smatramo da argumenti koje je zakonodavac izneo u svom odgovoru Ustavnom sudu i pozivanje na fiskalnu decentralizaciju u pomenutom kontekstu nisu razlozi koji imaju snagu da „pomiluju“ odredbu osporenu većinskom Odlukom Ustavnog suda. Lokalnim samoupravama nije uskraćena mogućnost da različitim merama vode sopstvenu poresku politiku i na taj način ostvaruju ekonomske, socijalne i druge ciljeve, ali one nemaju pravni osnov da uređuju osnovne elemente poreskog sistema jer je to u nadležnosti centralne vlasti. Lokalnim samoupravama je omogućeno da u zakonskim okvirima utvrde visinu stope amortizacije, slično kao što mogu samostalno da utvrđuju visinu poreske stope.³⁰ Razlike u visinama poreske stope među jedinicama lokalne samouprave mogu da utiču na odluku pojedinaca prilikom izbora opštine ili grada gde će ulagati svoja finansijska sredstva

²⁷ S obzirom na to da najveći broj obveznika koji ne vodi poslovne knjige jesu fizička lica, u radu smo se opredelili da umesto termina „obveznik koji ne vodi poslovne knjige“ koristimo termin „fizičko lice“, iako se, osim fizičkih lica, obveznikom koji ne vodi poslovne knjige u oblasti oporezivanja porezom na imovinu smatraju i preduzetnik koji porez na prihode od samostalne delatnosti plaća na paušalno utvrđen prihod i otvoreni investicioni fond, odnosno alternativni investicioni fond, koji nemaju svojstvo pravnog lica i ne vode poslovne knjige, a upisani su u odgovarajući registar. V. ZPI, čl. 4, st. 6.

²⁸ Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUz-155/2014 od 8.11.2018. godine.

²⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 99/2018.

³⁰ Stope poreza na imovinu na nepokretnosti (osim zemljišta) obveznika koji ne vodi poslovne knjige su progresivne i iznose 0,40%, 0,60%, 1% i 2%, zavisno od vrednosti nepokretnosti. V. ZPI, čl. 11. Upor. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-00253/2021-04 od 12.3.2021. godine. V. takođe: Zakon o finansiranju lokalne samouprave, čl. 2, tač. 1.

u kupovinu nepokretnosti, što dovodi do ekonomske konkurencije.³¹ One, međutim, ne mogu da odluče da uopšte ne oporezuju nepokretnost, dok im je stavom 4 člana 5 ZPI bila data mogućnost ne samo da utvrđuju (različitu) stopu amortizacije nego i da nedonošenjem odluke o visini stope amortizacije ili njenim neobjavlivanjem zapravo indirektno donesu odluku da uopšte ne priznaju amortizaciju nepokretnosti.

Nije sporno da vrednost nepokretnosti iste korisne površine nije i ne može da bude ista u različitim opštinama i gradovima niti u različitim zonama iste jedinice lokalne samouprave. Međutim, svaka nepokretnost se protekom vremena amortizuje, što utiče na smanjenje njene vrednosti.³² Primera radi, zgrada, stan ili drugi objekat se tokom godina od gradnje i upotrebom „troši“, nezavisno od toga da li se nalazi na teritoriji grada Kragujevca, Valjeva, Čačka ili na području opštine Despotovac, Lebane i dr. Zbog toga, jedinica lokalne samouprave ne može svojevlasno da odluči da se nepokretnosti na njenoj teritoriji ne amortizuju, odnosno da njihovo amortizovanje nema uticaja na njihovu vrednost. Amortizacija nije poseban uslov koji treba da ispuni određena nepokretnost nego je ona realan fizički uslov koji važi, bez izuzetka, za sve nepokretnosti.³³ Moglo bi da se dogodi da isto fizičko lice bude izloženo nejednakom poreskom tretmanu zbog toga što je vlasnik nepokretnosti u različitim jedinicama lokalne samouprave. Ono bi tada bilo u drukčijem (povoljnijem ili nepovoljnijem, ali svakako različitom) poreskom položaju u odnosu na fizička lica – poreske obveznike koji sve svoje nepokretnosti imaju na teritoriji iste jedinice lokalne samouprave. Na primer, fizičko lice poseduje nepokretnosti u dve različite opštine, od kojih se u jednoj vrednost nepokretnosti ne umanjuje za iznos amortizacije, dok u drugoj amortizacija umanjuje osnovicu poreza na nepokretnosti.

Mora da postoji legitiman cilj koji bi opravdao nejednak poreski tretman poreskih obveznika u različitim jedinicama lokalne samouprave kad je reč o amortizaciji kao činiocu koji utiče na vrednost nepokretnosti. Na primer, legitiman razlog je da se objekti u izgradnji ne amortizuju, da se zemljište ne amortizuje, da se spomenici kulture ne amortizuju jer oni nikada ne gube na vrednosti i dr.

³¹ Međutim, opština i grad svake godine svojom odlukom utvrđuju visinu poreske stope te ne znači da će poreska stopa koja je važila u poreskoj godini u kojoj je lice kupilo nepokretnost i otuda postalo obveznik poreza na imovinu ostati nepromenjena i u svim narednim godinama.

³² Kod nepokretnosti je reč o fizičkom (a ne ekonomskom) uzroku amortizacije jer se zgrada, stan ili drugi objekat zbog fizičke upotrebe tokom godina prirodno „troše“. To je, između ostalih, razlog zbog kojeg su tržišne cene novoizgrađenih stanova značajno veće nego tržišne cene stanova stare gradnje na istoj lokaciji.

³³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, U. 6313/05 od 5.4.2006. godine.

Različiti zakonski tretman poreskih obveznika koji su u istoj pravnoj situaciji mora da ima objektivno i razumno opravdanje, jer u protivnom dovodi u pitanje ustavno načelo zabrane diskriminacije.³⁴

U vezi sa pomenutom Odlukom Ustavnog suda Srbije dato je Izdvojeno mišljenje da odredbom čl. 5, st. 4 ZPI nije povređen ustavni princip jednakosti svih pred zakonom. Davalac Izdvojenog mišljenja je izneo svoj stav da stvari, za razliku od ljudi, protekom vremena mogu da imaju istu funkcionalnu i estetsku vrednost. Možemo da se složimo sa tim stavom ako je reč o umetničkim delima, kolekcionarskim dobrima, antikvitetima i sl. jer se protekom godina njihova vrednost ne smanjuje nego čak može i da se poveća. Međutim, svaki objekat, odnosno nepokretnost tokom godina od gradnje gubi makar određeni procenat svoje vrednosti, nezavisno od kvaliteta građevinskog materijala i izvedenih radova, redovnog i investicionog održavanja. U navodu davaoca Izdvojenog mišljenja istaknuto je, između ostalog, da „Dok neke nepokretnosti izgube svoju vrednost protekom vremena i korišćenjem druge ništa ne izgube na svojoj tržišnoj vrednosti“. Međutim, davalac Izdvojenog mišljenja je prenebegao činjenicu da osnovicu poreza na nepokretnosti fizičkog lica čini vrednost nepokretnosti, a ne njena tržišna vrednost.

Davalac Izdvojenog mišljenja smatra da se „fizička lica koja žive, rade, posluju ili imaju nepokretnosti u različitim opštinama i gradovima ne nalaze u istovetnoj situaciji, ni činjenično ni pravno“ te da je „jednakost pred Ustavom i zakonom zadovoljena ako su pojedinci jednaki na teritoriji iste jedinice lokalne samouprave.“ Smatramo da davalac Izdvojenog mišljenja nije u pravu kad iznosi svoj stav da „jednakost pred zakonom treba da se posmatra s obzirom na teritoriju i stanovnike svakog grada i opštine ponaosob, a ne između svih lica koja žive u Republici Srbiji“. Nesporno je da fizička lica sama biraju gde će biti centar njihovih životnih i poslovnih interesa i da svaka jedinica lokalne samouprave ima svoje specifičnosti koje je razlikuju od drugih. Od zakonodavca se, međutim, očekuje da poreski sistem u svim osnovnim elementima uredi na jedinstven način za teritoriju cele Republike Srbije, što ne sprečava „vršenje nadležnosti lokalne samouprave“, odnosno pravo jedinica lokalne samouprave da uređuju i rešavaju pitanja od lokalnog značaja koja su u njihovoj nadležnosti. Lokalna demokratija ne podrazumeva da svaka opština i grad mogu da imaju svoja poreska rešenja jer bi tako bila ozbiljno ugrožena celovitost poreskog sistema, pravna sigurnost i pravičnost. Kad je reč o oporezivanju, svi građani u Srbiji moraju da imaju jednaka prava i obaveze. U Izdvojenom mišljenju

³⁴ Odluka Ustavnog suda IUz-128/2011 od 8.11.2012. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 114/2012.

se insistira na tome da su jedino stanovnici iste opštine ili grada u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. Međutim, posedovanje nepokretnosti u bilo kojoj jedinici lokalne samouprave čija se vrednost zbog amortizacije tokom godina smanjuje dovodi pojedince u istu objektivnu i činjeničnu situaciju, koja treba da bude poreskopravno tretirana na jednak način.

Davalac Izdvojenog mišljenja dalje smatra da bi zakonom data mogućnost jedinicama lokalne samouprave da same utvrđuju visinu stope amortizacije takođe moglo da bude sporno pitanje sa stanovišta ustavnog načela jednakosti pred zakonom. Kad ne bi postojalo maksimalno ograničenje propisano centralnim (republičkim) zakonom, o čemu je napred bilo reči, davalac Izdvojenog mišljenja bi bio u pravu. Pravo lokalnih samouprava da do zakonskog limita utvrđuju godišnju stopu amortizacije (isto važi i za poresku stopu) omogućava im da samostalno vode poresku politiku, rukovodeći se potrebama svojih lokalnih budžeta i osobenostima svoje lokalne zajednice, što odgovara zahtevima fiskalne decentralizacije.³⁵

U Izdvojenom mišljenju se, takođe, navodi da je diskriminišuće zakonsko rešenje koje pravi razliku između poreskih obveznika koji vode poslovne knjige i poreskih obveznika koji ne vode poslovne knjige jer „takvo rešenje omogućuje da za dve istovetne nekretnine, recimo dva istovetna stana, i to u istoj stambenoj zgradi, poreska obaveza bude drastično različita, u zavisnosti od toga, da li jedno lice vodi, ili ne vodi poslovne knjige.“ Davalac Izdvojenog mišljenja prenebegava okolnost da je reč o različitim pravnim subjektima, koji i u poreskom pravu opravdano imaju različit poreski tretman, što ne narušava jednakost pred zakonom. Primera radi, ukoliko pravno lice kupi stan on ga, zbog utvrđivanja oporezive dobiti i obaveze po osnovu poreza na dobit pravnih lica, mora evidentirati u poslovnim knjigama (bilo da će biti korišćen kao poslovni prostor ili za stanovanje zaposlenog), za razliku od fizičkog lica koje takvu obavezu nema. Reč je, dakle, o dve kategorije poreskih obveznika³⁶ i otuda je legitimno što zakonodavac na drukčiji način određuje poresku osnovicu i predviđa različite stope poreza na imovinu, zavisno od toga da li je obveznik pravno ili fizičko lice.³⁷

³⁵ Sanja Kmezić *et al.*, *Fiskalna decentralizacija i finansiranje lokalne samouprave u Srbiji i Crnoj Gori*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.

³⁶ Davalac Izdvojenog mišljenja je u kontekstu upoređivanja stanovnika iste, odnosno različitih opština i gradova naveo da se ne mogu upoređivati „kruške i jabuke“. Smatramo da je takva terminologija krajnje neprimerena za odluke, mišljenja i sl. Ustavnog suda, ali ukoliko ju je davalac Izdvojenog mišljenja upotrebio onda bi joj pre bilo mesto za ukazivanje da su pravna i fizička lica dve neuporedive kategorije poreskih obveznika.

³⁷ Stopa poreza na imovinu na nepokretnosti poreskog obveznika koji vodi poslovne knjige je proporcionalna i iznosi do 0,4%. V. ZPI, čl. 11, st. 1. Osnovica poreza na imovinu za nepokretnosti

ZAKLJUČAK

Poreski sistem treba da bude uređen na način koji obezbeđuje vladavinu prava i socijalnu pravdu, koje su najviše vrednosti ustavnog poretka demokratskog društva. To nalaže da se svako ustavnopravno sporno pitanje u poreskom zakonodavstvu reši na način koji će obezbediti jednakost pred zakonom i pravičnost, što potvrđuje i analizirana Odluka Ustavnog suda Srbije.

Ostajemo u nedoumici zbog formulacije sadržane u Mišljenju koje je maja meseca tekuće 2022. godine izdalo Ministarstvo finansija Republike Srbije,³⁸ u kojem, između ostalog, stoji: „Prema tome, vrednost objekata (kuća, garaža, stanova ...) koja čini osnovicu poreza na imovinu fizičkih lica (kao obveznika koji ne vode poslovne knjige) umanjuje se za amortizaciju *ako* (*prim. aut.*) je skupština jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji se objekti nalaze donela odluku o visini stope amortizacije u skladu sa zakonom ...“. Naime, nije nam jasan razlog zbog kojeg je nadležno ministarstvo upotrebilo reč „ako“ jer je Odlukom Ustavnog suda Srbije utvrđeno da sporna odredba čl. 5, st. 4 ZPI nije u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije te je prestala da važi danom objavljivanja Odluke u službenom glasilu. To nadalje znači da jedinica lokalne samouprave više nema zakonsku mogućnost da odlučuje da li će vrednost nepokretnosti umanjivati za amortizaciju ili ne, već sve jedinice lokalne samouprave na teritoriji Srbije moraju da postupaju na isti način, odnosno da u zakonskim okvirima utvrde i objave godišnju stopu amortizacije, vodeći računa da amortizacija u ukupnom iznosu (to jest, za sve godine ukupno) ne pređe zakonski limit.

Osim toga, smatramo da zakonska formulacija odredbe čl. 5, st. 3 ZPI: „Vrednost nepokretnosti ... *može se* (*prim. aut.*) umanjiti za amortizaciju ...“ nije odgovarajuća jer da bi se obezbedio jednak poreski položaj obveznika poreza na nepokretnosti koji ne vode poslovne knjige amortizacija mora da se uzme u obzir prilikom utvrđivanja vrednosti svake nepokretnosti, nezavisno od njene lokacije. Otuda smo mišljenja da je *de lege ferenda* treba zameniti sledećom: „Vrednost nepokretnosti ... *se umanjuje* za amortizaciju ...“. To bi, uz Odluku Ustavnog suda Srbije, dodatno doprinelo da se u praksi otklone eventualne nedoumice i poreski sistem obezbedi jednaka rešenja za sva fizička lica koja se nalaze u istoj poreskoppravnoj situaciji.

obveznika koji vodi poslovne knjige je fer vrednost u skladu sa međunarodnim računovodstvenim standardima, odnosno međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja i usvojenim računovodstvenim politikama iskazana na poslednji dan poslovne godine obveznika u tekućoj godini. V. ZPI, čl. 7, st. 1.

³⁸ Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-00422/2022-04 od 12.5.2022. godine.

Prof. Dr. GORDANA ILIĆ POPOV
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

EQUALITY OF INDIVIDUALS - TAXPAYERS OF REAL ESTATE TAX
BEFORE THE LAW IN JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL
COURT OF SERBIA

Summary

All shall be equal before the law and such constitutional principle has special importance in the area of taxation. From viewpoint of that principle, the paper deals with the Decision of the Constitutional Court of Serbia and Separate opinion regarding the initiative to ascertain compliance with the Constitution of the Republic of Serbia the provision of the Property Taxes Law according to which the value of real estate of the taxpayer who does not keep business books is not reduced by depreciation if the local self-government unit assembly does not establish at all, not determine in accordance with the law or within deadline prescribed by law and/or not announce the amount of the depreciation rate. Useful surface, location, fit-out and other factors determine the value of real estate, but the real estate has depreciated over time since construction as well. Therefore, the author examines whether the Constitutional Court decision made by the majority of votes has contributed to the horizontal equality of the individuals - taxpayers of the real estate tax thus the Court fulfilled its role as a “guardian” of legality, justice and constitutional rights of taxpayers.

Key words: equality before the law, depreciation, property tax, real estate tax, Constitutional Court of Serbia

Literatura

- Arbutina H., „Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5-6, Zagreb, 2012.
- Arsić M. et al., *Reforme poreza na imovinu u Srbiji: Rezultati i perspektive*, Fondacija za razvoj ekonomske nauke, Beograd, 2012.
- Ilić-Popov G., „Ekonomska, socijalna i politička funkcija poreza na imovinu u Srbiji“, *Univerzalno i osobeno u pravu* (ur. Ognjen Vujović), Tom II, Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2018.
- Ilić-Popov G., D. Popović, „Jednakost građana u poreskom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 33, Banja Luka, 2011.
- Levitas T., D. Vasiljević, A. Bučić, „Porez na imovinu – analiza stanja i perspektiva reformi“, *Poreska politika u Srbiji – Pogled unapred* (red. Milojko Arsić), USAID Segal projekat, Beograd, 2010.
- Miloš M., V. Kuzelj, „Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svetlu zahtjeva socijalne države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 4, Split, 2021.
- Popović D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.

- Raad, van K., *Non-Discrimination in International Tax Law*, Kluwer Law International, Dordrecht, Boston, 1986.
- Randelović S., „Ekonomске performanse poreskog sistema Srbije“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, Beograd, 2021.
- Vasiljević D., *Porez na imovinu: Međunarodna iskustva i praksa u Srbiji*, Beograd, 2017.
- Vasiljević D. et al., *Porez na imovinu u Srbiji*, Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije, Beograd, 2017.
- Vukčević I., „Ustavni princip jednakosti građana pred zakonom u poreskom sistemu Crne Gore: Ustavnost Zakona o taksama (porezima) na usluge od opšteg interesa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, Rijeka, 2014.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARINA DIMITRIJEVIĆ

OPOREZIVANJE U MILJEU DIGITALNOTEHNOLOŠKIH NOVINA

Primenom digitalne tehnologije u oblasti oporezivanja stvoren je novi spektar mogućnosti za unapređenje rada poreskih organa i uspješniju realizaciju poreskih potraživanja države. Sveprisutnim računarstvom i digitalnotehnoškim novinama u poreskom postupku ostvaruje se preobražavajući efekat na pravni položaj poreskih obveznika a fundamentalno se menja i tradicionalna paradigma poreskopravnih odnosa. Fokus analize u radu usmeren je na mnoštvo digitalnotehnoških inovacija u poreskoj sferi, sa namerom da se identifikuju dublji šablioni projektovanih promena u domenu administriranja porezima i dokaže hipoteza da se time teži značajno povećati moć kontrole i predviđanja budućeg ponašanja poreskih obveznika, ali i ono bitno remodelirati. Dinamika društvenih promena i okolnosti, prizvane u svakodnevicu usponom digitalne tehnologije i mrežnom strukturom društva, najavljuju u godinama koje dolaze brojne izazove naročito ako se ima u vidu da se podsticanjem poreske transparentnosti, neka prava obveznika poreza postupno usmeravaju ka marginama njihovog poreskog iskustva i sistema društvenih vrednosti.

Ključne reči: *oporezivanje, digitalna tehnologija, poreski obveznici*

U V O D

Digitalna tehnologija je glasnik i pokretač velikih promena u mnogim oblastima savremenog života. U tom smislu, ni oporezivanje ne predstavlja izuzetak. Njen razvoj i niz implementiranih digitalnotehnoških novina ostvaruju značajan uticaj

Prof. dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: marina@prafak.ni.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025. godine.

na postupak administriranja porezima, modernizujući ga na osobeni način u odnosu na neka ranija vremena. U ovakvom miljeu generiše se postepeno drugačija paradigma poreskopравnih odnosa saobrazna zahtevima digitalnog doba. Predstava o položaju poreskih organa i poreskih obveznika (poreskih dužnika), kao subjekata ovog odnosa, sledstveno tome bespovratno se transformiše.

Korišćenje računara u sferi primene poreza najvećim delom utiče na razumevanje i oblikovanje fenomena oporezivanja u aktuelnim uslovima. Eksplozivan digitalni rast i prodor interneta u svakodnevni život odražavaju se na modalitete komunikacije, privređivanja i stvaranje ekonomske moći podobne za oporezivanje. Digitalna tehnologija uslovljava ogromne društvene, ekonomske, kulturne i institucionalne promene, diktirajući tempo njihovog odvijanja. Globalna međuzavisnost ekonomija širom sveta je evidentna, a odnos između ekonomije, države i društva poprima kompleksniji oblik. To se direktno odražava i na realizaciju poreske delatnosti država.

Interaktivne računarske mreže permanentno i brzo rastu, tako da je jasno vidljiva težnja ka ostvarivanju njihove sveprisutnosti u razgranatom dijapazonu ljudskih aktivnosti. U mrežnom društvu, sa generisanjem novih forma i kanala komunikacije, one nastoje da, u izvesnoj meri, oblikuju život. Nesporno, istorijski, kulturno i prostorno posmatrano, poseban je sklop činilaca, u svakom konkretnom nacionalnom ambijentu, koji svojim dejstvom trasiraju puteve i određuju dinamiku njihove faktičke implementacije i prihvatanja od strane stanovništva i privrednih subjekata.

Oporezivanje u miljeu digitalnotehnoških novina predmet je razmatranja u ovom radu. Digitalni svet preuzima i redefiniše mnoge vrednosti, tradicionalno dugo zastupljene u poreskoj oblasti. Stoga je rasvetljavanje ključnih tačaka na mapi digitalnog reformisanja oporezivanja, budući da otkriva putokaze planiranih i očekivanih promena, vrlo važno. Primena digitalne tehnologije u poreskoj sferi dizajnira se tako da snažno utiče na ponašanje poreskih obveznika prilikom ispunjavanja poreskih obaveza, remodelira ovo ponašanje i poreske obveznike stavlja pod znatnu kontrolu. Stoga se, radi provere i potvrde ove hipoteze, nameću kao potrebna, studioznija promišljanja na temu da li se digitalnom tehnologijom formira nova, širom sveta, prihvaćena (globalna) arhitektura za modifikaciju i novo oblikovanje ponašanja poreskih obveznika u vezi povinovnja poreskoj regulativi? Takođe, bilo bi svrsishodno razmisliti da li se iza zamisli digitalne budućnosti oporezivanja koja će, po svemu sudeći, poreskim obveznicima u velikoj meri nametnuti elektronsku poresku komunikaciju i redukovati neposredne kontakte sa poreskim organima, kriju neke fundamentalne promene u segmentu prava poreskih obveznika? U tom cilju radom se, uz proširivanje prostora za dublje i svestranije razumevanje inovacija digitalnotehnoške prirode u domenu primene poreza, nastoje razaznati odgovori na ova pitanja.

Sledstveno tome, najpre se razmatra problematika neizbežnosti digitalizacije opozivanja a potom i pitanje multidimensionalnosti implementacije digitalne tehnologije u poreskom postupku. U nastavku rada posebnoj analizi podvrgnut je uticaj digitalne tehnologije na remodeliranje ponašanja poreskih obveznika. Uz to pažnja je posvećena i izvesnoj relativizaciji nekih fundamentalnih prava poreskih obveznika u kontekstu uvođenja digitalnotehnoških novina. I sada se, kao u većini priča o razvoju tehnologije iz nekih prethodnih vremenskih perioda, teme poput individualne autonomije i samosvojnosti ljudi (poreskih obveznika), moralnog rasuđivanja izvršenih promena, opravdanosti modifikovanja određenih društvenih normi, standarda, vrednosti i sl., aktuelizuju i razmatraju naknadno kao formalnosti na koje bi trebalo adekvatno reagovati određenim promenama pravne regulative i dodatnim digitalnotehnoškim rešenjima. Međutim, u stvarnosti je vrlo primetna sva složenost, neizvesnost i nesigurnost takvih reagovanja.

NEIZBEŽNOST DIGITALNE MODERNIZACIJE OPOREZIVANJA

Digitalizacija kao kreator sadašnjosti i budućnosti u sferi opozivanja prisutna je pojava u mnogim zemljama sveta. Njome se, po pravilu, upravlja politički iako je njeno glavno obeležje tehnološko. Neizbežnost digitalne modernizacije opozivanja zagovara se pod uticajem značajnih i raznovrsnih interesa. Sama digitalizacija je praćena, uglavnom, bespogovornim prihvatanjem i čini se, od strane većeg dela javnog mnjenja, ne toliko jasnim razumevanjem promena koje ona sobom donosi, uključujući i ogromnu moć poreskih organa u administriranju porezima. Poteškoće i dodatni troškovi, kojima su izloženi poreski obveznici u procesu privikavanja na digitalnu realnost u primeni poreza, prihvataju se kao datost i neminovnost, verovatno zato što korišćenje digitalne tehnologije dobija tretman ključnog obeležja modernog načina življenja i poslovanja.

Digitalna tehnologija je integrisala važna tehnološka, ekonomska i društvena dešavanja iz kasnih devedesetih godina 20. veka. U pohodu ka univerzalnoj modernizaciji, merenoj opsegom računarske rasprostranjenosti, promene su nastale i u domenu opozivanja. Posredstvom primene digitalne tehnologije u opozivanju mapiraju se, na specifičan način, „putanje“ umrežavanja (povezivanja) poreskih organa i poreskih obveznika i njihove komunikacije. Ovakva digitalna mrežna povezanost postala je nezaobilazna prilikom izvršavanja zahteva, nametnutih poreskom regulativom. Njome se radikalno menjaju načini komunikacije subjekata poreskoprogovnog odnosa i modifikuju modaliteti prikupljanja poreskih podataka, poresko ponašanje obveznika, kao i organizaciona struktura i tradicionalno postupanje poreskih organa u poreskom postupku. Prvenstveno su *on line* poreska

komunikacija i kompjuterizovan kapacitet skladištenja poreskih podataka postali moćna sredstva u razvijanju kompleksnosti organizacionih veza unutar poreske administracije.¹ Ono što je naročito karakteristično za novi poreski komunikacioni sistem, organizovan oko elektronske integracije svih vidova komunikacije, nije to što indukuje virtuelnu realnost, već što izgrađuje stvarnu virtuelnost. Celokupna poreska stvarnost u izvesnom smislu počinje da se percipira virtuelno, a uz to se stvara i nova kultura, kultura stvarne virtuelnosti.²

Iako su mreže stari oblik organizacije u praksi oporezivanja, digitalna tehnologija umrežavanja, karakteristična za savremeno doba, jača društvene i organizacione mreže na način koji generiše njihovo dalje širenje i preoblikovanje, čime se prevazilaze sva ranija, tradicionalna ograničenja umreženih formi organizacije poreskih organa da upravljaju fenomenom oporezivanja. Umrežavanje je postalo „ključ“ za organizacionu fleksibilnost i poslovne performanse poreskih organa. Tehnološke inovacije i promene u organizaciji, sa fokusom na fleksibilnost i prilagodljivost, od presudnog su značaja za njihovo brže i efikasnije restrukturiranje. Moderni poreski organi, primenom digitalne tehnologije u velikoj meri, manifestuju takav oblik organizacije u kojem komunikacija i intenzivno prikupljanje, prenos, obrada i analiza poreskih podataka postaju osnovne pretpostavke uspešnosti administriranja poreskim sistemom i potrebne uspešnosti u radu.³

Zahvaljujući uplivu u sve domene ljudske aktivnosti (processe individualnog i kolektivnog postojanja), u svojstvu ne spoljnog izvora uticaja već njihove komponente, digitalna tehnologija ima sopstvenu ugrađenu logiku koju karakteriše sposobnost prevođenja podataka (inputa) u zajednički informacioni sistem i obrada takvih podataka velikom brzinom, uz sve manje troškove, u potencijalno sveprisutnoj mreži za pretragu i distribuciju podataka. Stoga, unutar visokointegrisanog sistema, poreski organi postepeno prikupljaju ogromne količine podataka o poreskim obveznicima i manifestacijama njihove ekonomske snage, koristeći enormno povećanje mogućnosti za prikupljanje takvih podataka (tzv. arhitektura velikih podataka).⁴ Sprega između digitalne tehnologije i njene implementacije u poreskoj oblasti jača u novoj tehnološkoj paradigmi. Širenje digitalne tehnologije povećava njenu moć, paralelno sa tim

¹ *Technologies for Better Tax Administration: A practical guide for Revenue Bodies*, OECD, Paris, 2016, 55.

² Manuel Kastels, *Uspori umreženog društva*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 480.

³ Mikayel Pashayan, „Big Data Analysis as an effective tool for tax administration“, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018, 42–44.

⁴ *Technologies for Better Tax Administration: A practical guide for Revenue Bodies*, op. cit., 61–64.

koliko je poreski organi i poreski obveznici poseduju i koriste.⁵ Uz primenu digitalne tehnologije kao „alata“, kontinuirano se menjaju i razni segmenti poreske procedure, poreski zadaci se reorganizuju u procesu automatizacije, a uz to modifikuju se i metode upravljanja primenom poreskog sistema. Dominantna je kombinacija poslovne strategije poreskih organa orijentisane ka poreskim obveznicima i njihove decentralizovane strukture, uz hijerarhijsku kontrolu tokova poreskih podataka.

MULTIDIMENZIONALNOST IMPLEMENTACIJE DIGITALNE TEHNOLOGIJE U POSTUPKU ADMINISTRIRANJA POREZIMA

Implementacija digitalne tehnologije u procesu administriranja porezima, u svoj različitosti svojih manifestacija, donela je mnoštvo promena i uslovila duboku transformaciju ovog domena. Poreskim organima su, u takvom ambijentu, dostupni obimni podaci o poreskim obveznicima i njihovoj ekonomskoj snazi i oni mogu, zahvaljujući tim podacima, da posmatraju poresko ponašanje obveznika na (mikro) nivou koji je nekada bio nezamisliv. Razvijeni sistemi komunikacije, digitalne mreže, internet i sveprisutna računarska arhitektura u mnogim segmentima društva, stvaraju pretpostavke za dublji detaljan uvid u ekonomsku situaciju svakog obveznika, pogodnu za oporezivanje, ali i za stavljanje pod što potpuniju kontrolu celine poreske populacije. Pritom, brojnim aktivnostima osavremenjivanja oporezivanja studiozno treba upravljati u dužem periodu vremena.

Više je dimenzija unutar postupka administriranja porezima u kojima je digitalna tehnologija našla svoju primenu menjajući tako okvir delovanja poreskih organa i ustanovljavajući drugačiji pristup svakodnevnom obavljanju poreskih poslova. Ulogu i značaj poreskih organa, u smislu osiguranja finansijske potpore za funkcionisanje celokupne javne administracije, treba posmatrati kao komponentu jasno ispoljene tendencije digitalizacije upravljanja javnim (time i poreskim) poslovima. Zahvaljujući korišćenju digitalne tehnologije, ostvarivanju izmenjenih modaliteta poreskog administrativnog rada (poput, kreiranja digitalnih aplikacija u cilju olakšavanja ispunjavanja poreskih obaveza i osiguranja kvalitetnije interakcije sa poreskim obveznicima),⁶ kao i povećanju efikasnosti i efektivnosti, smanjuje se broj organizacionih jedinica poreske administracije (racionalizuje organizaciona struktura) u mnogim zemljama. Shodno tome, izmenjena organizaciona struktura uslovljava

⁵ Peter Green, „What do we mean by digital transformation of tax administration?“, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018, 57.

⁶ Jeffrey Owens, Ivan Lazarov, Nathalia Oliveira Costa, *Exploring the opportunities and challenges of new technologies for EU tax administration and policy*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, October, 2021, 33.

konsolidaciju osnovnih poslovnih funkcija na manje lokacija i diferenciranje između naplate glavnih poreskih oblika i administriranja sporednih zaduženja. Uz to, napredni pristup u poreskom postupanju obuhvata orijentaciju ka potrebama poreskih obveznika, segmentaciju (grupisanje) poreskih obveznika u različite grupe shodno njihovom prihodnom potencijalu, specijalizaciju i standardizaciju poreskog postupka uvek kada je to moguće, kao i identifikovanje (procenu, analizu) rizika u radu i pouzdano utvrđivanje rezultata rada poreskih organa.⁷ Moderna tehnologija se može primeniti u fundamentalnim funkcijama poreske administracije, uključujući: registraciju poreskih obveznika (čuvanje osnovnih informacija za identifikaciju poreskih obveznika); podnošenje i procesuiranje poreskih prijava i poreskih plaćanja; poresku kontrolu; prigovore i žalbe poreskih obveznika; mere prinudne naplate; istraživanje poreske utaje i upravljanje poreskim dugovanjima.⁸ Važno je, takođe, istaći i da primena specifičnih tehnika oporezivanja (samooporezivanje, oporezivanje na izvoru), vrlo naglašena u vremenu ekspanzije digitalne tehnologije, utire „put“ depersonalizovanim poreskim odnosima. U tom smislu, još uvek je otvoreno pitanje poreskopolitičke i poreskotehničke prirode o tome na koji će se način i u kolikom opsegu ovakva „forma“ poreskih odnosa uskladiti sa dobrovoljnim plaćanjem poreza, na kome se u savremenim uslovima intenzivno insistira.

Centralni nivo poreskih organa je, po prirodi stvari, zadužen za nadzor nad celokupnim poreskim administrativnim radom, formulaciju strategije za poboljšanje ukupne uspešnosti administriranja poreskim sistemom, kao i stalno i aktivno učešće u svim reformskim aktivnostima.⁹ Nesporno, modernizacija uz sadejstvo digitalne tehnologije, postaje nužna ukoliko se imaju u vidu ne samo zahtevi nacionalnih poreskih sistema već i međunarodni poreski standardi, čije uvažavanje naročito potenciraju međunarodne organizacije. Optimalno sprovođenje poreskog postupka zahteva ne samo kvalitetnu poresku regulativu, već i unapređenje (reinženjering) poslovnih procesa, profesionalnu i adekvatno tehnički opremljenu poresku administraciju, sposobnu da odgovori brojnim izazovima postojećih informacionih tokova.¹⁰ Očekivane je da digitalizacija i automatizacija poslovnih procesa dovedu do prestanka potrebe za određenim administrativno-tehničkim poslovima a poreska administracija postane organizacija koju karakterišu pre svega „poreske operacije bez papira“.

⁷ Munawer Sultan Khwaja, „Risk-Based Tax Audits – Overview“, *Risk-Based Tax Audits* (eds. Munawer Sultan Khwaja, Rajul Awasthi, Jan Loeprick), The World Bank, Washington, 2011, 2.

⁸ J. Owens, I. Lazarov, N. Oliveira Costa, op. cit., 33.

⁹ Maurreen Kidd, „Revenue Administration: Functionally Organized Tax Administration“, *IMF Technical Notes and Manuals*, Vol. 10, No.10, June 2010, 11–15.

¹⁰ Elizabeth Kariuki, „Towards sustainable ICT systems in tax administrations“, *Automation in Tax Administrations*, Publication No. 4, Africa Policy Research Institute Limited, September 2013, 1.

DIGITALNA TEHNOLOGIJA U FUNKCIJI REMODELIRANJA
PONAŠANJA PORESKIH OBVEZNIKA

Kvalitetan program remodeliranja (modifikacije) ponašanja poreskih obveznika moguće je osmisliti u okolnostima posedovanja mnoštva raznovrsnih podataka koji se njih tiču. U principu, raznovrsnost se ostvaruje u dve ravni. Jedna je širina, što znači da podaci treba da obuhvate što veći opseg svakodnevnih aktivnosti poreskih obveznika, a drugi je dubina u smislu da podaci o svakoj od tih aktivnosti poreskih obveznika budu što detaljniji. Takvi podaci predstavljaju svojevrsni „opšti senzor“ ponašanja poreskih obveznika u privatnom i profesionalnom životu, analiziraju se i služe za ocenjivanje, kategorizaciju i predviđanje njihovog budućeg ponašanja.

Svestrano osmišljavanje metoda uticaja na poresko ponašanje obveznika traži, u postupku pristupa podacima značajnim za modifikaciju ovog ponašanja, neprekidno i adekvatno prevazilaženje jaza između javnog interesa u poreskoj oblasti i privatnih interesa obveznika (uključujući i poštovanje prava obveznika na privatnost, poverljivost i tajnost podataka). Usavršeniji metodi modifikacije poreskog ponašanja počivaju na raznim računarskim procesima, tehnikama i taktikama (podešavanje, navođenje i uslovljavanje) kako bi se ponašanje poreskih obveznika oblikovalo tako da se što više približi potrebnim ishodima u oporezivanju. Uz to, moguće je ustanoviti i metode kojima se profil ličnosti poreskog obveznika (poreski digitalni identitet obveznika)¹¹ i njegova sklonost ka povinovanju poreskim obavezama mogu proceniti (utvrditi) na osnovu dostupnih podataka o njegovom ispunjavanju poreskih obaveza u ranijim poreskim periodima.¹² U ovakvom kontekstu, profil poreskog obveznika postaje predmet upravljanja rizicima u domenu ispunjavanja poreskih obaveza (tzv. poreski rizici). Bitna pretpostavka tačne procene poreskih rizika, ali i kontrole poreskih obveznika zasnovane na poreskom riziku jesu blagovremeni, relevantni, pouzdani i centralizovani poreski podaci. Situacija da su određeni podaci bili dostupni ali da nisu na odgovarajući način uzeti u obzir prilikom procene poreskih rizika, ukazuje na slabost procesa upravljanja poreskim rizicima.¹³

Digitalna tehnologija, uporedo sa tim što transformiše savremeno društvo, nagoveštava, kako je u tekstu prethodno istaknuto, i potencijalnu digitalnu budućnost

¹¹ *Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration*, Forum on Tax Administration, OECD, 2020, 44.

¹² Hans D'Hondt, „Using advanced data analytics to predict debt non-payment risks“, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018, 23–25.

¹³ Charles Vellutini, „Database and IT Framework for Risk Analysis“, *Risk-Based Tax Audits* (eds. Munawer Sultan Khwaja, Rajul Awasthi, Jan Loeprick), The World Bank, Washington, 2011, 62.

oporezivanja. Intuitivno neki (ne svi) poreski obveznici osećaju da je moguće da će se težište sa automatizacije tokova podataka o poreskim obveznicima premestiti na znatnu automatizaciju (inženjering) njihovog poreskog ponašanja. Kako se procesi digitalizacije snažno zagovaraju, započinju ili već odvijaju u mnogim sferama, teško je (ako ne i nemoguće) da se poreski obveznici izvuku iz neumoljivo razapete mreže masovnog prikupljanja podataka o njihovom ličnom i profesionalnom životu. Ti podaci će se koristiti za potrebe oporezivanja a vrlo je verovatno da će doći do formiranja detaljnih poreskih digitalnih dosijea obveznika.

Neki segmenti ponašanja poreskih obveznika ranije, u odsustvu digitalizacije nevidljivi, sada se od strane poreskih organa uviđaju i detaljno nadziru. Sa svoje nadređene pozicije u poreskopravnom odnosu poreski organi, praćenjem poreskih identifikacionih brojeva obveznika unutar poreskog informacionog sistema, mogu o njima, u celini posmatrano i u pojedinostima, da saznaju ono što je nekad bilo neizvodljivo.¹⁴ Primetno je, uporedo sa tim, i da se određeni društveni odnosi sve više zaobilaze u korist automatizovanih računarskih procesa koji uslovljavaju, i u praksi oporezivanja, čine realnim dostizanje ponašanja poreskih obveznika koja su saglasna sa ciljevima poreske vlasti. Dakle, povlašćeni digitalni modalitet moći koji poseduju poreski organi ispoljava se u potrebnoj modifikaciji poreskog ponašanja obveznika u realnom vremenu u stvarnom svetu.

Digitalna tehnologija izvesno postaje supersila sposobna da ostvaruje nameru svojih kreatora. Ona je, pritom, za sada nesputana bilo kakvom regulativom jače pravne snage koja bi se, s tim u vezi, primenjivala. Sofisticiranost digitalno-tehnoloških novina u oblasti oporezivanja pokazuje se takvom da je većini poreskih obveznika teško shvatljivo da se podaci o njima prikupljaju u cilju otkrivanja „zakonitosti“ njihovog ponašanja i potrebnog budućeg remodeliranja. Nesvesnost obveznika u pogledu takve činjenice pretpostavka je daljeg masovnog prikupljanja podataka. Pravo da poreski obveznici daju dozvolu ili, pak, o tome budu detaljnije upoznati ne pominje se često kao mogućnost i izgleda da, u ovom trenutku, poreski obveznici najčešće ne razumeju niti mogu da predvide posledice izostanka doslednog poštovanja takvog prava. Od populacije poreskih obveznika se traži samo da veruje da će digitalna tehnologija u poreskoj oblasti biti primenjena sa dobrom voljom, merom i namerom. Postavljanju bilo kakvih detaljnijih pitanja o postojanju eventualnog prostora za zloupotrebu moći digitalne tehnologije, o potencijalnom suštinskom raskoraku između prava poreskih obveznika i digitalne bihevioralne tehnologije, kao i o promenama koje bi u vidu umanjivanja opsega i ograničavanja

¹⁴ Marina Dimitrijević, „Poreska administracija u vremenu informaciono-tehnološkog napretka“, *LIBER AMICORUM – Zbornik radova u čast profesora emeritusa Dejana Popovića* (ur. Gordana Ilić-Popov), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2021, 140.

(ugrožavanja) nekih vrlo značajnih poreskih prava obveznika mogle da nastanu, uglavnom se pridaje sekundarna važnost.

PRAVA PORESKIH OBVEZNIKA U SENCI DIGITALNOTEHNOŠKIH NOVINA

Prava poreskih obveznika na privatnost, poverljivost i tajnost nalaze se u senci digitalnotehnoških novina. Ova prava, kao osnovna opredeljenja za koja se na osnovu iskustva i kroz istoriju (posebno kroz istoriju velikih nepravdi) ispostavilo da su toliko bitna da je građanstvo trebalo ubediti da ih ovekoveči i ne dozvoli da budu lako podložna promenama, kao da jednim delom postaju „žrtvovana“ u prilog primene digitalne tehnologije.¹⁵ Zašto su ta prava toliko značajna? Iz razloga što se njima obezbeđuje čovekova samosvojnost. Da bi se ona ostvarila, svaki pojedinac neizostavno treba da poseduje samostalnost i ličnu autonomiju, kao osnovne preduslove slobode i koncepta demokratskog društva.

Življenje u vremenu u kome moć digitalne tehnologije deluje nepobedivo stvara utisak da su poreski obveznici, tj. životi obveznika „područja“ iz kojih treba crpeti masovne podatke za obradu u svrhu oporezivanja i predviđanja njihovih poreskih ponašanja. Često izgleda da se digitalnim svetom vlada po ne svima znanim pravilima, tako da moguće urušavanje privatnosti, poverljivosti i tajnosti, na određeni način, predstavlja „cenu“ postojećeg izobilja podataka (informacija). Kontinuirano i veliko akumuliranje podataka o poreskim obveznicima zapravo omogućava da nadzor nad njima bude potpuniji. Nesporno, što se više o poreskom obvezniku zna to ga je lakše kontrolisati.

„Životni ciklus“ poreskih podataka je posebno bitno pitanje. Postoji mogućnost, posmatrano iz ugla poreskog obveznika, da i oni poreski podaci koji se njega tiču a prirodno su izbledeli i zaboravljeni su, permanentno budu aktuelni unutar obveznikovog digitalnog poreskog dosijea i time učestvuju u prezentovanju njegovog poreskog identiteta. U tom smislu, mišljenja smo da su aspekti zaštite podataka o poreskom obvezniku, pravne i tehničke prirode, krucijalni za odbranu prava poreskog obveznika na privatnost, poverljivost i tajnost. Kako je talas digitalizacije nezaustavljiv u svojoj nameri da prekrije svet, realno je očekivati da fokus prvenstveno bude na prihvatljivoj platformi (strategiji) suzbijanja rizika po ova prava. Smatramo, što nikako ne treba prevideti, da nesputanom snagom digitalne tehnologije u poreskoj sferi, u krajnjoj liniji, može biti iskazano nastojanje da se ovlada i zagospodari obveznikovom poreskom prošlošću, sadašnjošću ali i budućnošću.

¹⁵ Šošana Zubof, *Doba nadzornog kapitalizma*, Clio, Beograd, 2020, 639.

Osiguranje pune poreske transparentnosti i saradnje između poreskih administracija (multilateralna automatska razmena poreskih informacija) propagira se u cilju suprotstavljanja poreskoj evaziji, onemogućavanja tzv. „nestajanja poreskih obveznika“, koje može biti ispoljeno u ambijentu šireg trgovinsko-finansijskog povezivanja nacionalnih ekonomija posredstvom multinacionalnih kompanija, kao i radi obezbeđivanja adekvatnog praćenja poreskih tokova u svrhu potpunije primene nacionalnih poreskih sistema.¹⁶ Reformisanje rada poreske administracije i „otvaranje“ ove tradicionalno zatvorene institucije, usled formiranja poreskih mreža koje su široko rasprostranjene i imaju potporu u digitalnoj tehnologiji, uz koristi za poresko-administrativno postupanje donosi i znatan pritisak na poreske obveznike i dosledno ostvarivanje njihovih prava na privatnost, poverljivost i tajnost podataka. Navedeno je moguće budući da se, u ovoj konstelaciji, svi oni smatraju potencijalno nesavesnim u pogledu ispunjavanja poreskih obaveza. I zaista „potpuno fiskalno (poresko) transparentni“ poreski obveznici teže zalaze u domen poreske evazije jer su ogromne šanse da će biti otkriveni. Njihove lične, porodične i finansijske (poslovne) okolnosti života postaju vidljivije poreskim organima a brisanje nacionalnih granica kada je reč o multilateralnoj automatskoj razmeni poreskih informacija dodatno osvetljava temu zaštite obveznikovih poreskih prava. Iz ovakve perspektive posmatrano, različita su shvatanja o „tretmanu“ procesa razmene poreskih informacija od strane država. U nekim državama se zastupa stav da ovaj proces treba smatrati kao uobičajeno prikupljanje činjenica a ne kao posebno regulisanu administrativnu proceduru. Proceduralna pravila se jedino mogu odobravati na nivou države koja traži pomoć (primera radi, u sudskom postupku). Druge države razmenu informacija tretiraju kao administrativnu proceduru pa postoji obaveza poštovanja proceduralnih prava poreskih obveznika, kao npr. prava da budu saslušani, prava da budu obavješteni i prava na žalbu.¹⁷ Pod velikim znakom pitanja je, međutim, stvarno poštovanje ovih prava naročito u okolnostima kada izostaju potrebne garantije da do neovlašćenog raspolaganja i zloupotreba poreskih informacija neće doći. Pravo na obavještanje kao najvažnije s obzirom da omogućava obveznicima da se izjasne o podnetom zahtevu rezidentne države i isprave netačne podatke, u obilju razmenjenih poreskih informacija, često ne biva poštovano, pa propisana zaštita ostaje bez potrebnog učinka.¹⁸ Štaviše, u teoriji se

¹⁶ Vito Tanzi, „A Lower Tax Future? The Economic Role of the State in the 21st Century“, *POLITEA – Policy Series*, No. 44, London, 2004, 17.

¹⁷ Xavier Oberson, „Towards automatic exchange of information“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 87, No. 2, 2015, 103.

¹⁸ Bruce Zagaris, „Exchange of Tax Information Policies at the Millennium: Balancing Enforcement with Due Process and International Human Rights“, Paper presented at the International Platform Association Annual Convention, Washington DC, 8–2 August 2001, 17.

zastupaju mišljenja da bi široka zaštita prava obveznika mogla da bude značajna barijera međunarodnoj razmeni poreskih informacija,¹⁹ odnosno da bi trebalo stvoriti prostor za razmenu poreskih informacija bez većih ograničenja.²⁰ Svedoci smo tako nagoveštaja da, zavisno od vladajućih vrednosti i standarda u datom društvu, ono što je do juče bilo nedozvoljeno postupanje, već danas ili sutra može postati dozvoljeno postupanje u poreskom postupku. Podsećanja radi, ideja o ustanovljavanju tzv. univerzalnih poreskih identifikacionih brojeva, koji bi se koristili u međunarodnom kontekstu i omogućavali poreskim administracijama *de facto* korišćenje dobijenih poreskih informacija, postoji ne mali broj godina.²¹ Ostaje da se zapitamo da li je ova ideja manifestacija zamisli potpune buduće nadnacionalne kontrole poreskih (finansijskih) tokova u svetu, koja će biti moguća uspostavljanjem i doslednim i potpunim poštovanjem međunarodnih pravila za poresku saradnju. Takođe, postojanje „providnosti“ celokupnog ekonomskog stanja poreskih obveznika dovodi u pitanje same pravno-političke i moralno-etičke osnove procesa tradicionalnog oporezivanja i, moguće je, obezbeđuje pretpostavke za nastanak nadnacionalne (globalne) poreske administracije.²² Nepoštovanje prava poreskih obveznika, sa tendencijom potpune kontrole nad njihovim prihodima i rashodima, ima potencijal da obezvredi sve ustavne i zakonske odredbe o priznavanju i zaštiti ljudskih prava i sloboda.²³ Uz to ne treba zapostaviti ni činjenicu da međunarodnu poresku saradnju, i pored intenzivnog digitalnotehnološkog razvoja, prati izostanak apsolutno sigurnog sistema zaštite od neovlašćenih pristupa u baze poreskih podataka (informacija). Isto važi i za baze podataka nacionalnih poreskih administracija. U takvim okolnostima, *ex post* zaštita prava poreskih obveznika je najčešće nedovoljna da se obveznicima nadoknadi prouzrokovana šteta.²⁴

¹⁹ Roman Seer, Isabel Gabert, „European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements“, *Bulletin for International Taxation*, No. 2, 2011, 96.

²⁰ *Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes*, OECD, 2006, crp. 13–18.

²¹ *Recommendation of the Council on the Use of Tax Identification Numbers in an International Context*, OECD Legal instruments, OECD, 2022, 1–5.

²² Miranda Stewart, „Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration“, *World Tax Journal*, Vol. 4, No. 2, 2012, 152–179.

²³ Mileva Anđelković, „Fundamentalna prava poreskih obveznika i njihova zaštita u savremenim informacionotehnološkim uslovima“, *Strani pravni život*, br. 3, 2008, 170.

²⁴ Eleonor Kristoffersson, Pasquale Pistone, „General Report“, *Tax Secrecy and Tax Transparency – The Relevance of Confidentiality in Tax Law*, Part 1, (eds. Eleonor Kristoffersson, Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer, Alfred Storck), Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2013, 5–6.

ZAKLJUČAK

Umrežena računarska infrastruktura i njen upliv u razne dimenzije društvene interakcije bitno modifikuju život ljudi i obavljanje ekonomskih aktivnosti. Posredovanjem računara skladište se i objedinjavaju detalji iz života pojedinaca, u razmerama koje su do samo pre nekoliko godina bile nezamislive, i prevode u određene podatke i informacije. Digitalna tehnologija postaje sve univerzalnije sredstvo za društveno povezivanje u kome se značajno redukuju neposredni kontakti ljudi u svakodnevnom životu. U takvom ambijentu menja se i samo razumevanje fenomena oporezivanja i primene poreskog sistema.

Računari su smešteni u središte poreskog administrativnog rada. Prikupljanje velike količine podataka o poreskim obveznicima i njihovoj ekonomskoj snazi, analiza tih podataka, nove i vrlo opsežne forme poreske kontrole obveznika, izvesno prilagođavanje postupanja poreskih organa pojedinim kategorijama poreskih obveznika ali i značajan uticaj na remodeliranje njihovog poreskog ponašanja imaju za cilj što potpunije ostvarivanje planiranih i željenih efekata u oporezivanju.

Digitalizacija stremi da bude prisutna u svakom kutku društveno-ekonomskih dešavanja i potpuno njima ovlada. Kao vrlo složen proces oslonjena je na ogromnu digitalnu mašinsku inteligenciju, vrhunske algoritamske programe, analitiku i koncentraciju naprednog računarskog znanja i umeća. Ključ uspeha digitalnog poreskog univerzuma ogleda se u širenju povezanosti i rastu računarske moći na način da se, na osnovu „popisivanja“ života i utvrđivanja poreskopravne sposobnosti obveznika, kao i njihovog iskazivanja podacima, ponašanje obveznika što potpunije predvidi, kontroliše i, uvek kada je potrebno, dejstvom određenih mera i modifikuje.

Pre samo nekoliko decenija demokratska društva bi najverovatnije bila obazrivija kada je reč o primeni tehnika masovne modifikacije ponašanja ljudi (poreskih obveznika) i smatrala bi ih za pojave koje prethodno treba detaljno preispitati, zbog potencijalne ugroženosti lične autonomije pojedinaca. Danas, takva praksa nailazi na mlak otpor prvenstveno zbog automatizovane, sve rasprostranjenije i neizbežne računarske arhitekture u mnogim oblastima. Tradicionalne vrednosti i stavovi kao da „gube korak“ u poređenju sa digitalnim umećima.

Strategije i politike uticaja na poreske obveznike, prilagođene realnostima današnjeg vremena i utemeljene na svestranijem razumevanju njihovih poreskih reakcija, favorizuju nove standarde poput poreske transparentnosti, odnosno poreske „providnosti“ celokupnog ekonomskog stanja poreskog obveznika. Istinski razlog za to treba tražiti u ekonomskim interesima i društvenim odnosima koji su privatnost, poverljivost i tajnost nekako prestali da štite kao svoje vrhunske imperATIVE i time,

između ostalog, i u poreskoj oblasti napravili prostor za uspon digitalne tehnologije i za sve ono što ona sobom donosi. Potraga za što kvalitetnijim modalitetima analitike poreskih podataka će se najverovatnije nastaviti s obzirom da predstavlja refleksiju zamisli da se transformacija oporezivanja izvrši na način da postane aktivnost poreske vlasti sa karakteristikama što potpunije kontrole poreskih obveznika, predviđanja i modeliranja njihovog ponašanja, kao i velikog stepena izvesnosti (sigurnosti) u ostvarivanju projektovanih dejstva oporezivanja. Takvu zamisao je moguće realizovati samo unutar digitalnog miljea i njegovog permanentnog inoviranja, što ide u prilog potvrde hipoteze postavljene u uvodu rada. Mišljenja smo da izazovi i dalja ograničenja u segmentu prava poreskih obveznika ni ubuduće neće biti pogodni za suštinsko razumevanje znatnom delu poreske populacije, zbog teškog uočavanja celine promena ali i velike brzine kojom se one nižu. Svaki pokušaj da se ovakve pojave barem delom uspore obavezno bi trebalo da bude praćen intenzivnijim zahtevima poreskih obveznika da se one, pojedinačno i zbirno, razjašnjavaju, kao i da se njihova prava priroda ne zaklanja od pogleda javnosti. Takođe je snažnija reafirmacija nekih tradicionalnih stavova i vrednosti u društvu neophodna. Do tada, skloni smo da konstatujemo da privatnost, poverljivost i tajnost poreskih podataka ostaju nedovoljno branjeni i zaštićeni prostori. Poreski obveznici se manje ili više voljno privikavaju na upade u ove prostore i na njih, po pravilu, reaguju kombinacijom pristajanja, pomirljivosti i bespomoćnosti. Da li (ni)je reč o pokazateljima koji su rezultat dobro osmišljenog procesa slabljenja i transformacije otpora poreskih obveznika u jasno definisanim etapama i predvidivom dinamikom, potvrdiće će ili opovrgnuti vreme pred nama.

Prof. Dr. MARINA DIMITRIJEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Niš

TAXING IN THE MILIEU OF DIGITAL TECHNOLOGY INNOVATIONS

Summary

By applying digital technology in the area of taxation, a new spectrum of possibilities for improving work of tax authorities and realizing tax claims of the state more successfully has been created. The ubiquity of computer use and digital technology innovations in the tax procedure lead to a transformational effect on the legal status of taxpayers, and a traditional paradigm of tax-law relations is fundamentally altered. The analysis in this paper is focused on many a digital technology innovations in the tax area with the intention of identifying deeper patterns of projected changes in the domain of administering taxes and confirming the hypothesis that by doing so the power of

control and prediction of taxpayers' future behaviour tends to increase significantly, and the fact that the afore-mentioned behaviour also tends to be considerably remodelled. Dynamics of social change and circumstances, which have been called into our everyday life by the rise of digital technology and the network structure of society, announce numerous challenges in the years to come, especially if we take into account that encouraging tax transparency gradually directs certain taxpayers' rights towards the margins of tax experience and the system of social values.

Key words: taxation, digital technology, taxpayers

Literatura

- Andelković M., „Fundamentalna prava poreskih obveznika i njihova zaštita u savremenim informaciono-tehnološkim uslovima“, *Strani pravni život*, br. 3, 2008.
- D'Hondt H., „Using advanced data analytics to predict debt non-payment risks“, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018.
- Dimitrijević M., „Poreska administracija u vremenu informaciono-tehnološkog napretka“, *LIBER AMICORUM – Zbornik radova u čast profesora emeritusa Dejana Popovića* (ur. Ilić-Popov G.), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2021.
- Green P., „What do we mean by digital transformation of tax administration?“, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018.
- Kariuki E., „Towards sustainable ICT systems in tax administrations“, *Automation in Tax Administrations*, Publication No. 4, Africa Policy Research Institute Limited, September 2013.
- Kastels M., *Uspón umreženog društva*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Kidd M., „Revenue Administration: Functionally Organized Tax Administration“, *IMF Technical Notes and Manuals*, Vol. 10, No. 10, June 2010.
- Kristoffersson E., Pistone P., „General Report“, *Tax Secrecy and Tax Transparency – The Relevance of Confidentiality in Tax Law*, Part 1 (eds. Kristoffersson E., Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Storck A.), Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2013.
- Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes*, OECD, 2006.
- Oberson X., „Towards automatic exchange of information“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 87, No. 2, 2015.
- Owens J., Lazarov I., Oliveira Costa N., *Exploring the opportunities and challenges of new technologies for EU tax administration and policy*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, October, 2021.
- Pashayan M., „Big Data Analysis as an effective tool for tax administration“, *Impact of digitalisation on the transformation of tax administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations, Budapest, 2018.

- Recommendation of the Council on the Use of Tax Identification Numbers in an International Context*, OECD Legal instruments, OECD, 2022.
- Seer R., Gabert I., „European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements“, *Bulletin for International Taxation*, No. 2, 2011.
- Stewart M., „Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration“, *World Tax Journal*, Vol. 4, No. 2, 2012.
- Sultan Khwaja M., „Risk-Based Tax Audits – Overview“, *Risk-Based Tax Audits* (eds. Sultan Khwaja M., Awasthi R., Loeprick J.), The World Bank, Washington, 2011.
- Tanzi V., „A Lower Tax Future? The Economic Role of the State in the 21st Century“, *POLITEA, Policy Series*, No. 44, London, 2004.
- Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration*, Forum on Tax Administration, OECD, 2020.
- Technologies for Better Tax Administration: A practical guide for Revenue Bodies*, OECD, Paris, 2016.
- Vellutini C., „Database and IT Framework for Risk Analysis“, *Risk-Based Tax Audits* (eds. Sultan Khwaja M., Awasthi R., Loeprick J.), The World Bank, Washington, 2011.
- Zagaris B., „Exchange of Tax Information Policies at the Millennium: Balancing Enforcement with Due Process and International Human Rights“, *Paper presented at the International Platform Association Annual Convention*, Washington, DC, 8–12 August 2001.
- Zubof Š., *Doba nadzornog kapitalizma*, Clio, Beograd, 2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

**OTVORENA PITANJA U POSTUPKU UTVRĐIVANJA
STATUSA PORESKOG GARANTA U SLUČAJU ZLOUPOTREBE
PRAVA U MAKEDONSKOM PRAVNOM SISTEMU
– ANALIZA PRAKSE UPRAVNOG SUDA
REPUBLIKE SEVERNA MAKEDONIJA**

Garantovanje za tuđu poresku obavezu predstavlja institut poreskog prava koji se javlja kao instrument obezbeđivanja poreske obaveze. U nastojanju da osiguraju efikasniju naplatu javnih prihoda države predviđaju različite instrumente obezbeđivanja naplate poreskog duga (garanciju, odgovornost za tuđu poresku obavezu, solidarnu poresku obavezu, zalogu, sekundarnu poresku obavezu). Autorka u fokus analize stavlja regulatorni okvir poreske garancije, sa posebnim naglaskom na materijalnopravne i procesnopravne aspekte sekundarne poreske obaveze kao oblika obezbeđenja primarne poreske obaveze u slučaju zloupotrebe prava u pravnom sistemu Republike Severna Makedonija. Naime, nakon stupanja na snagu izmena Zakona o poreskom postupku iz 2014. godine proširio se krug zakonskih garanata za poreske obaveze trgovačkih društava, i to na članove društva i članove uprave društva, pod uslovom da su svojim odlukama uticali na poslovne aktivnosti poreskog dužnika. Autorka u radu pristupa kritičkoj analizi u segmentu dokazivanja zloupotrebe prava vis a vis „skidanja vela pravne odgovornosti“ trgovačkih društava u postupku utvrđivanja statusa poreskog garanta. Naglasak je stavljen na upravno-sudsku zaštitu kroz prizmu sudske prakse Upravnog suda Republike Severna Makedonija.

Ključne reči: poreska garancija, Zakon o poreskom postupku, „skidanje vela pravne odgovornosti“, zloupotreba prava, Republika Severna Makedonija

Prof. dr Sejdefa Džafče, redovni profesor i dekan Fakulteta pravnih i političkih nauka, AUE-FON Univerziteta Skoplje, Severna Makedonija, e-mail: sejdefa.dzafche@fon.edu.mk.

U V O D

Poreska garancija predstavlja institut poreskog prava koji se javlja u obliku zakonske obligacije koja izričito propisuje odgovornost određenih kategorija lica da garantuju ili preuzmu tuđi poreski dug. Garancije za tuđe poreske obaveze pojačavaju poresko-dužnički odnos. U vezi sa tim, države su fiskalno motivisane kod utvrđivanja uslova prilikom normiranja zakonske garancije. Analiza poreskog sistema Republike Severna Makedonija (dalje: *RSM*) ukazuje da su promene u Zakonu o poreskom postupku (dalje: *ZPP*) iz 2014. godine usmerene ka strožijem odnosu fiskusa prema poreskim obveznicima u slučajevima neispunjavanja njihovih poreskih obaveza. Stručna i naučna javnost je otvorila polemiku oko same primene *ZPP* u praksi, gde u stvari dolazi do kolizije *ZPP* i Zakona o trgovačkim društvima (dalje: *ZTD*). Otvorena diskusija se odnosi na primenu čl. 35 kojim je propisana lična i neograničena odgovornost članova društva kapitala i članova uprave tih društava za poreske obaveze samog društva u slučaju nelikvidnosti. U primeni tog člana poreski organi bez da pristupe primeni instituta „skidanje vela pravne odgovornosti“ opredeljuju status poreskog garanta članovima društava kapitala i članovima uprave društva. Otežavajuća okolnost je što *ZPP* ne predviđa precizne uslove i kriterijume pri određivanju svojstva poreskog garanta, već se status poreskog garanta određuje po automatizmu u svim situacijama kad trgovačka društva nisu ispunila poresku obavezu i kad imaju probleme sa likvidnošću. U obrazloženju presuda Upravnog suda i Višeg upravnog suda stoji da *ZPP* ima prvenstvo primene u odnosu na *ZTD* te da je *ZPP* *lex specialis* u odnosu na *ZTD* i samim time ne pristupa se supsidijarnoj primeni *ZTD*.

Pomenutim promenama *ZPP* otvorena je dilema oko same prirode instituta garancije, koji izvorno proizlazi iz privatnog prava. Naime, primena garancije u poreskopravnom odnosu pretrpela je značajna odstupanja i otuda dovela do određenih nedoumica, najpre zbog nepreciznosti poreskog zakona, zatim zbog karaktera instituta „skidanje vela pravne odgovornosti“ u poreskom zakonu *vis a vis* *ZTD* i posebno u pogledu toga kako tumačiti institute tipične za privatno pravo u javnopravne svrhe i u segmentu garancije i u postupku dokazivanja odgovornosti od strane poreskih službenika.

PORESKI GARANT U MAKEDONSKOM PORESKOM SISTEMU

Garancija pripada kategoriji instituta građanskog prava, čiji je osnovni cilj da „pojača“ obligacione odnose. Garancija i u poreskom pravu, osim identičnosti cilja, a to je da „pojača“ poreskopravni odnos ima i druga osnovna obeležja,

kao što su: akcesornost, supsidijarnost, obim odgovornosti, pravo regresa i dr. Osnovna razlika se odnosi na pravni osnov odgovornosti garanta. Dogovor je osnovni pravni osnov dobijanja statusa garanta u građanskim odnosima, na osnovu sopstvene volje samog garanta. Međutim, u poreskom pravu pravni osnov nastanka poreske garancije predstavlja zakon, koji izričito propisuje odgovornost za tuđu poresku obavezu. Zakonska garancija za tuđu poresku obavezu u makedonskom poreskom pravu javlja se u nekoliko oblika, i to kao zakonska garancija koja je predviđena poreskim zakonima ili zakonska garancija koja proizlazi iz neporeskih zakona, najčešće su to zakoni iz oblasti trgovačkog prava, koja se odnosi na odgovornost za tuđu obavezu, uključujući i poreske obaveze.¹ U ZTD može da se sretne kao odgovornost za tuđe obaveze *in abstracto*, i to u slučaju statusnih promena.² Taj tip odgovornosti predviđen je u ZPP kao garancija pravnog naslednika i garancija u slučaju statusnih promena.³ Naime, članom 31 ZDP propisano je da u slučaju da se preduzeće ili deo preduzeća prenese na treće lice, tada treće lice garantuje za poreske dugove prenesenog preduzeća ili jednog dela preduzeća. Dok kod garancija u slučaju statusnih promena poreski dug pravnog lica koje prestaje da postoji statusnom promenom namiruje pravni sledbenik, bez obzira na to da li je znao ili ne da pravni prethodnik nije ispunio svoj poreski dug. To se takođe odnosi na sporedne poreske dažbine.

Neograničena i solidarna odgovornost postoji u slučaju društava lica, i to za ortakne ortačkog društva, komplementare komanditnog društva i komanditnog društva sa akcijama. U poreskim zakonima ta vrsta odgovornosti je retka, u stvari ona proizlazi iz ZTD kao solidarna poreska odgovornost, propisana kao odgovornost za tuđe obaveze, i u određenim situacijama se izjednačava sa odgovornošću za tuđu poresku obavezu. Nastaje kao obaveza više poreskih obveznika, pri čemu je svaki poreski obveznik dužan da ispunji ukupnu poresku obavezu, a poreski organ ima pravo da zahteva ispunjenje ukupne poreske obaveze. U ZPP ova vrsta odgovornosti je predviđena čl. 32 i javlja se kao garancija prilikom likvidacije. Ta vrsta garancije nastaje u slučaju da pravno lice u likvidaciji nema dovoljno sredstava

¹ Sejdefa Džafče, Aleksandra Maksimovska Stojkova, *Danočen garant i primena na Zakonot za danočna postapka kako lex specialis vo odnos na Zakonot za trgovski društva*, Parvnik, Skopje, 2022.

² V. čl. 31 Zakona za trgovski društva - ZTD, *Službeni vesnik na RM*, br. 28/2004, *Službeni vesnik na RM*, br. 64/2018, Odluke Ustavnog suda RM U.br. 38/2018, objavljen vo *Službeni vesnik na RM*, br. 239/2018.

³ V. čl. 31 i 33 Zakona za danučna postapka - ZPP, *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 13/2006, 88/2008, 159/2008, 105/2009, 133/2009, 145/2010, 171/2010, 39/2012, 84/2012, 187/2013, 15/2015, 97/2015, 129/2015, 154/2015, 23/2016, 35/2018, 275/2019 i 53/2020.

da u potpunosti izmiri poreski dug, uključujući i prihode od prodaje imovine, kad preostali poreski dug plaćaju osnivači, članovi društva ili članovi uprave ako, u skladu sa zakonom, statutom ili aktom o osnivanju pravnog lica, solidarno odgovaraju za obaveze pravnog lica. U teoriji odgovornost za tuđu obavezu, osim solidarna, može da bude i supsidijarna. Razlika između solidarne i supsidijarne odgovornosti odnosi se na redosled naplate. Naime, poreski organ prvenstveno ima pravo da naplati poreski dug od poreskog obveznika, a ako to ne učini, može uputiti zahtev supsidijarnom dužniku. U ZPP ta vrsta odgovornosti je predviđena čl. 34 i javlja se kao garancija prilikom odbitka, a odnosi se na lica koja su odgovorna za obračun i plaćanje poreza po odbitku, u smislu Zakona o porezu na lična primanja⁴ i Zakona o porezu na dobit.

Sekundarna poreska obaveza se javlja kao oblik obaveze za tuđu poresku obavezu od strane trećeg lica. Naime, ta vrsta odgovornosti razlikuje se od prethodno pomenute odgovornosti za tuđu poresku obavezu po tome što sekundarna poreska obaveza obezbeđuje plaćanje primarne poreske obaveze koja proističe iz poreskog rešenja poreskog organa ako se ne može ostvariti prinudnom naplatom. Uslov za sekundarnu poresku obavezu je određena lična ili subjektivna odgovornost (određena krivica za neispunjenje) primarne poreske obaveze. Nemogućnost naplate poreskog duga od poreskog dužnika rezultira uspostavljanjem sekundarne poreske obaveze prema trećim licima koja su lično odgovorna za nemogućnost naplate poreskog duga, i na redovan i na prinudni način. U tom slučaju, poreski organ, na osnovu rešenja o utvrđivanju poreskog duga, prelazi na naplatu od trećeg lica na osnovu rešenja kojim se utvrđuje status poreskog garanta za neizmirenu poresku obavezu po osnovu lične odgovornosti. U ZPP je ova vrsta odgovornosti predviđena članom 35 i 35a kroz institute osporavanje i garancija i garancija u slučaju otkrivenog ili neplaćenog poreza.

Institut osporavanje i garancija se javlja u slučaju potpuno ili delimično slobodnog pravnog prometa poreskog dužnika u korist bliskog lica tokom poslednjih pet godina pre ili posle nastanka poreskog duga, koji se može osporiti od strane Uprave javnih prihoda ukoliko je pravni posao sklopljen na štetu Uprave javnih prihoda. Šteta postoji ako je onaj ko je imao koristi u vreme pravnog posla znao za postojanje pretnje nesposobnošću plaćanja.

Kod garancije u slučaju otkrivenog ili neplaćenog poreza poreski dug se odnosi na dug poreskog dužnika utvrđen rešenjem Uprave javnih prihoda ili neplaćen kad se pokreće postupak prinudne naplate. Naplatu svom svojom imovinom

⁴ Zakon o ličnom dohotu, *Službeni list Republike Makedonije*, br. 241/2018, *Službeni list RSM*, br. 275/2019, 290/2020 i 85/2021, čl. 102.

garantuje lice koje je svojim odlukama uticalo na privredne delatnosti poreskog dužnika, a iz kojih je nastao poreski dug. Lice čije odluke utiču na delatnost poreskog dužnika je lice koje: ima učešće u poreskom obvezniku koji je dužnik, srazmerno procentu učešća; zastupa poreskog obveznika koji je dužnik, u iznosu koji odgovara teretu koji proističe iz datog ovlašćenja za zastupanje; ima dug prema poreskom obvezniku koji je dužnik, do visine duga prema njemu; preuzme dug, do iznosa preuzetog duga datog u overenoj izjavi.

Uprava javnih prihoda rešenjem donetim u postupku utvrđivanja poreske garancije opredeljuje lice koje garantuje za poreski dug na osnovu lične odgovornosti za sporednu poresku obavezu. ZPP predviđa izuzetak u primeni pomenutog člana, ukoliko je poreski dug nastao po osnovu samooporezivanja ili je utvrđen od strane Uprave javnih prihoda, i dokaže se da su bili sprečeni da plate porez zbog ranije nerešenog pravnog pitanja za koje je nadležan državni organ ili sud.

PRIMENA ZAKONA O PORESKOM POSTUPKU PRI UTVRĐIVANJU SEKUNDARNE PORESKE OBAVEZE

Poreski organ donosi rešenje o naplati poreskog duga od poreskih garanata.⁵ Status poreskog garanta, između ostalih, dobijaju lica koja imaju status članova društava kapitala, koji imaju svojstvo poreskog dužnika, kao i lica koja zastupaju poreskog dužnika. ZPP ne predviđa posebne uslove niti vrši specifikaciju okolnosti ko se može podvesti pod zakonski opis „lice koje je svojim odlukama uticalo na poslovne aktivnosti poreskog dužnika, odakle proizlazi poreski dug“. Dakle, pomenuta lica koja dobijaju status poreskih garanata odgovaraju za sekundarne poreske obaveze društava kapitala u slučaju da poreski organ ne može da namiri primarnu poresku obavezu od poreskog dužnika. ZPP predviđa tri uslova koja kumulativno treba da budu ispunjena: nelikvidnost poreskog dužnika, pokrenut postupak prinudne naplate i postojanje subjektivne odgovornosti pomenutih lica. Promene u ZPP su inicirale novi *sui generis* pristup u postupku određivanja svojstva poreskog garanta u segmentu nadležnosti poreskih organa. Naime, pre pomenutih izmena nadležnost za utvrđivanje odgovornosti članova društva kapitala i članova uprave je pripadala građanskim sudovima.

Na osnovu iznetog, otvaraju se sledeće dileme. Da li pravni sistem RSM predviđa ličnu i neograničenu odgovornost ortaka ili akcionara u društvima kapitala, kao i odgovornost zastupnika? Ko utvrđuje činjenično stanje u smislu postojanja pravnog osnova i okolnosti da se odredi status poreskog garanta za sekundarne

⁵ ZPP, čl. 35.

poreske obaveze ili „transfer nadležnosti“ na poreske organe? Kojim dokaznim sredstvima se služi poreski organ u postupku dokazivanja da li su članovi društva ili uprave „svojim odlukama uticali na poslovne aktivnosti poreskog dužnika, odakle proizlazi poreski dug“ ili „kapacitet poreskih službenika“ u samom postupku dokazivanja? Na osnovu kojih kriterijuma su se utvrdile okolnosti koji su uticale na nastanak poreskog duga po osnovu odgovornosti?

ODGOVORNOST ČLANOVA DRUŠTVA PREMA ZAKONU O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

Pravni sistem RSM u ZTD, koji je materijalni zakon koji uređuje materiju odgovornosti članova društva, ne propisuje odgovornost ortaka/akcionara za obaveze društava kapitala. Njihova odgovornost se svodi na podnošenje rizika poslovanja, i to u visini njihovog udela. Naime, u ZTD je navedeno da poverilac društva ne može svoja potraživanja namiriti iz imovine ortaka, odnosno akcionara, osim u slučajevima utvrđenim zakonom.⁶ Makedonski ZTD jasno zagovara princip autonomije imovine te vrste preduzeća u odnosu na ličnu imovinu partnera ili akcionara. Iz tog načela proizlazi da su obaveze društva prema poveriocima isključivo obaveze društva, a ne obaveze njegovih članova. ZTD predviđa proširenje odgovornosti za obaveze društva i na imovinu ortaka, odnosno akcionara u tačno određenim situacijama. Naime, ova vrsta odgovornosti je vezana primenom pravnog instituta „podizanje vela pravnog lica“, prema kome je za proširenje odgovornosti na druga lica potrebno dokazati da je privredno društvo pretrpelo štetu ili je dovedeno u stanje nelikvidnosti zbog lične odgovornosti članova društva. U kontekstu navedenog, ZTD predviđa posebnu odgovornost članova društva, koja nastaje kao lična i neograničena odgovornost svojom imovinom za obaveze društva, ukoliko su: zloupotrebili privredno društvo kao pravno lice za ostvarivanje ciljeva koji su im kao pojedincima zabranjeni; zloupotrebili društvo kao pravno lice za nanošenje štete poveriocima; suprotno zakonu raspolagali imovinom društva kao svojom imovinom; ili umanjili imovinu društva u svoju korist ili u korist drugog lica, a znali su ili su morali znati da društvo nije u mogućnosti da ispunjava svoje obaveze prema trećim licima.

Prema ZTD taj tip odgovornosti se ne podrazumeva ukoliko nastupi problem likvidnosti, već se dokazuje u posebnom postupku. Da bi se utvrdila odgovornost članova društva pristupa se tzv. „proboju pravnog subjektiviteta privrednog društva“ (podizanje ili probijanje korporativnog vela), odnosno „podizanje vela

⁶ ZTD, čl. 40, st. 4.

pravnog lica“. Postupak „skidanja vela“ jeste sudskog karaktera, u kojem poverioci društva treba da dokažu da su članovi društva doveli u pitanje likvidnost samog društva u skladu sa pomenutim čl. 28 ZTD. U skladu sa ZTD, poverioci društva, uključujući i poreske organe, mogu da zahtevaju od ortaka/akcionara da izvrše obaveze društva samo na osnovu sudske odluke.⁷ Sudskom odlukom se skida „veo pravnog lica“ i suspenduje se pretpostavka da samo društvo kao pravno lice odgovara za svoje obaveze, odnosno suspenduje se zabrana ograničene odgovornosti ortaka/akcionara.⁸ Osnovni cilj pomenutih zakonskih odredbi je da se probije pravni subjektivitet društva kapitala u slučaju da su ortaci, odnosno akcionari zloupotrebili društvo za postizanje određenih protivpravnih ciljeva. Drugim rečima, navedena odredba daje ovlašćenje sudu da zaštiti prava poverilaca, kada su ispunjeni uslovi iz navedenog člana, na način da se pravni subjektivitet društva prenese i na članove društva i u segmentu odgovornosti za obaveze društva.

ODGOVORNOST ČLANOVA UPRAVE PREMA ZAKONU O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

U odnosu na odgovornost zastupnika, odnosno članova uprave, pravni sistem RSM u ZTD predviđa jasne uslove kad postoji odgovornost zastupnika, odnosno članova uprave poslovnog subjekta. Čl. 241, st. 1 ZTD predviđa dužnost članova uprave da vode poslove društva sa pažnjom urednog i savesnog trgovca i da čuvaju poslovnu tajnu društva.⁹ Za utvrđivanje lične odgovornosti članova uprave propisana je obaveza poštovanje zakona i ugovora, dok teret dokazivanja pada na članove uprave.¹⁰ U krugu obaveza organa upravljanja, čijim propuštanjem može biti dovedena u pitanje povreda čl. 241, st. 1 ZTD, a za koju je predviđena odgovornost za štetu, su obaveze u slučaju gubitka, prezaduženosti i nemogućnosti plaćanja,¹¹ kao i obaveze oko iniciranja i otvaranja stečajnog postupka.¹² Dakle, obim primene odredbe čl. 241, st. 1 u korelaciji sa odredbom čl. 362, st. 4 ZTD odnosi se na odgovornost člana organa upravljanja ukoliko grubo povredi svoju dužnost

⁷ Тито Беличанец, Елена Градишка Лазаревска, Милан Нетков, *Право на друштва*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Vrednovana kategorija predviđena u institutu „uredan i savesan trgovac“ je pravni standard za utvrđivanje odgovornosti lica odgovornih za upravljanje i nadzor preduzeća, koji određuje sa kojom pažnjom ta lica treba da obavljaju povereni posao.

¹⁰ ZTD, čl. 241, st. 5.

¹¹ ZTD, čl. 354.

¹² Zakon o stečaju, *Službeni vesnik na RM*, br. 34/2006, čl. 51, st. 8 i 9.

protivno vrednosnoj kategoriji urednog i savesnog trgovca, poverioci preduzeća mogu podneti i zahtev za naknadu štete, ukoliko ne mogu da naplate svoja potraživanja od preduzeća. Postupak „skidanje vela odgovornosti“ i u ovom slučaju ima sudski karakter, za koji je nadležan građanski sud.

„SKIDANJE VELA PRAVNE ODGOVORNOSTI“
PREMA ZAKONU O PORESKOM POSTUPKU

Poreska uprava se prilikom primene čl. 35a ZPP ne poziva na odredbe ZTD u kojima je propisana procedura „skidanja vela pravne odgovornosti“. ZPP svoja rešenja ne temelji na osnovu odredbi ZTD i pritom na osnovu tih odredbi dokaže pretpostavku da su članovi društva i članovi uprave „svojim odlukama uticali na privredne delatnosti poreskog dužnika iz kojih je nastao poreski dug.“¹³ Uprava javnih prihoda donosi rešenja u skladu sa čl. 83 ZPP, kojim se utvrđuje status poreskog garanta pomenutim licima, bez da se upušta u „skidanje vela pravne odgovornosti“. Po tom pitanju, ZTD odgovornost za štetu koju mogu pretrpeti poverioci prenosi na organe upravljanja i nadzora pokretanjem tužbe od strane poverilaca koji su pretrpeli štetu. Odgovornost lica i organa ovlašćenih za upravljanje, zastupanje i nadzor trgovačkih društava i drugih pravnih lica je lična, solidarna i neograničena za štetu koju su pričinili poveriocima trgovačkog društva ili drugog pravnog lica – dužnika, ako nisu podneli predlog za otvaranje stečajnog postupka, iako su znali ili su morali da znaju za prezaduženost trgovačkog društva ili drugog pravnog lica. Imovinska odgovornost za štetu nanetu licima i organima ne isključuje i ne utiče na moguću krivičnu odgovornost tih lica. Primenom čl. 35a poreski organ ne pristupa primeni ZTD, s obrazloženjem da je ZPP *lex specialis* u odnosu na ZTD. Na taj način se poreski organ stavlja u poziciju nadležnog organa (suda) koji potvrđuje pretpostavljenu ličnu odgovornost ortaka, odnosno akcionara. U tom postupku poreski organi „dobijaju proširenu nadležnost“, odnosno sudsku nadležnost. Poreski dug postaje upravna stvar o kojoj se odlučuje u poreskom postupku. Analogno tome, poreski organi se pozivaju na nadležnost u poreskom postupku, odnosno u postupku utvrđivanja činjeničnog stanja pri utvrđivanju, naplati i kontroli poreza. Poreski organ pristupa utvrđivanju zloupotrebe prava da bi utvrdio činjenice bitne za oporezivanje. Načela na koja se poziva poreski organ u postupku dokazivanja zloupotrebe prava je tumačenje na osnovu ekonomske suštine.¹⁴ U skladu sa tom doktrinom, koja je prihvaćena i u RSM,

¹³ ZTD, čl. 35a.

¹⁴ Koncept razvijen u SAD koji ima za cilj suzbijanje poreskih šema, minimiziranje poreske obaveze i borbu protiv poreske evazije generalno.

tumačenje zakona se odvija na osnovu njihove ekonomske suštine u postupku utvrđivanja činjeničnog stanja. Reč je, u stvari, o pristupu *substance over form*,¹⁵ koji potencira važnost suštine naspram forme. RSM je prihvatila taj način tumačenja poreskog zakona u okviru tri principa u ZPP, i to: prepisivanje ekonomskih dobara, prividne transakcije i protivpravno delovanje. Postavlja se pitanje da li službenici poreskog organa imaju kapacitet da se upuste u tako ozbiljne postupke dokazne prirode koji u pravnom sistemu RSM imaju sudski karakter. Posebnu pažnju treba posvetiti samoj poziciji poreskih obveznika, iz razloga što se dovodi u pitanje pravna sigurnost i izvesnost. Utvrđivanje statusa poreskog garanta za lica koji u skladu sa materijalnim zakonima ne odgovaraju za obaveze poslovnih subjekata ozbiljno dovodi u pitanje pravnu sigurnost subjekata iz razloga što poreski dug ne nastaje samo zbog neodgovornosti članova društva ili uprave već i zbog tržišnih okolnosti.

PORESKI GARANT KROZ SUDSKU PRAKSU UPRAVNOG SUDA U REPUBLICI SEVERNA MAKEDONIJA

Upravnosudska praksa u postupcima pravne zaštite poreskih garanata sledi logiku postupanja poreskih organa. Ovom prilikom ćemo analizirati nekoliko sudskih presuda Upravnog suda i Višeg upravnog suda RSM. Upravni sud je doneo presudu U-5 br. 1950/2018, kojom je tužbu tužioca S.K. iz S. protiv Rešenja Uprave javnih prihoda – Uprave za velike poreske obveznike od 24.10.2018. godine, za utvrđivanje statusa poreskog garanta odbio kao neosnovanu, s obrazloženjem da je tuženi organ pravilno primenio zakonske odredbe i odredio mu status poreskog garanta i nametnuo mu obavezu plaćanja poreskog duga i sporednih poreskih obaveza poreskog obveznika. Poreski organ je ustanovio da je tužilac lice koje je svojim odlukama uticalo na privredne delatnosti poreskog obveznika od kojeg je nastao poreski dug. Naime, Sud je utvrdio da su se u konkretnom slučaju stekli zakonski uslovi za utvrđivanje statusa poreskog garanta tužioca, pre svega zbog činjenice da je rešenjem pokrenut postupak prinudne naplate poreskog duga iz novčanih sredstava. Sud je obrazložio uticaj time što je tužilac ortak sa učešćem od 33% osnovnog kapitala, što je pozicija sa koje se utiče na proces poslovanja preduzeća, odnosno privrednih aktivnosti, iz kojih je nastao poreski dug.

U drugom predmetu utvrđivanja statusa poreskog garanta od strane Uprave javnih prihoda, nakon pokrenutog upravnog spora Upravni sud je presudom U-5.

¹⁵ Harriet Nowell-Smith, Hugh O'Reilly, A triumph of substance over form in how discrimination law treats obesity, <http://www.cavalluzzo.com/publications/Reference%20documents/Triumph%20of%20Substance%20over%20Form%20H%20O'Reilly.pdf>.

br. 919/20 odbio kao neosnovan tužbeni zahtev tužioca L.P. iz N. izjavljen protiv Rešenja Uprave javnih prihoda, s obrazloženjem da je tuženi organ pravilno primenio navedene zakonske odredbe kada je na osnovu njih doneo rešenje kojim se utvrđuje status poreskog garanta, s obzirom da je u konkretnom slučaju Uprava javnih prihoda utvrdila neizmirene poreske obaveze prema poreskom obvezniku I. G. 2. DOOEL N., gde je tužilac bio osnivač sa 100% udela u osnovnom kapitalu i upravnik u društvu, od 29.03.2016. godine do momenta donošenja pobijane odluke, pa je otuda pravilno postupio iz razloga što je tužilac tokom svog rada uticao na privrednu delatnost na isti način kao što poreski obveznik I. G. 2. DOOEL N. nije redovno izmirivao poreske obaveze i time prouzrokovao poreske dugove po osnovu poreza na dodatnu vrednost i poreza na dobit, za koje nije preduzeo radnje za naplatu, što je vidljivo iz analitičke kartice dostavljene u spise predmeta. Sud je cenio tužbene zahteve tužioca, ali ih je smatrao neosnovanim, iz razloga koji su vidljivi iz spisa predmeta. Dug po osnovu poreza na dodatnu vrednost poreskog obveznika I. G. 2. DOOEL N. nastao je na osnovu izveštaja koje je podneo sam obveznik za period od 1.05.2018. godine do 31.05.2018. godine, a dug po osnovu poreza na dobit je nastao nakon što je poreski bilans za 2017. godinu podneo sam poreski obveznik I. G. 2. DOO N.

Upravni sud je takođe odbio kao neosnovan tužbeni zahtev tužioca R.S. iz S. protiv osporenog Rešenja Uprave za javne prihode – Područne uprave T. od 12.12.2019. godine, za utvrđivanje statusa poreskog garanta. Tužilac je u tužbi istakao da je u konkretnom slučaju nesporno da je tužilac bio upravnik kod poreskog obveznika K.I. u periodu od 7.12.2016. godine do 30.10.2019. godine, ali u tom periodu poreski dug za koji se tereti poreski obveznik i za koji je tužilac opredeljen kao poreski garant, odnosno za poreski dug za period od 1.1. do 31.12.2012. godine i od 1.8. do 31.8.2013. godine, tako da tužilac svojim aktivnostima ni na koji način nije mogao uticati na privredne delatnosti poreskog obveznika iz kojeg je nastao poreski dug za utvrđeni poreski period, iz čega proizlazi da tuženi organ neosnovano utvrđuje tužiocu status poreskog garanta. Sud je u konkretnom slučaju mišljenja da je tuženi organ pravilno primenio zakonske odredbe u delu sprovođenja postupka za utvrđivanje statusa poreskog garanta kao lica koje je bilo rukovodilac i time je uticalo na odlučivanje poreskog dužnika, čije su radnje u pravnom poslu uzrok nastanka poreskog duga. Naime, prema utvrđenom činjeničnom stanju u predmetu, kao i citiranim zakonskim odredbama, Sud je utvrdio da su u konkretnom slučaju ispunjeni zakonski uslovi za utvrđivanje statusa poreskog garanta tužioca, jer je isto lice ovlašćeno za zastupanje, a to je pozicija sa koje se donose odluke koje prvenstveno utiču na proces poslovanja preduzeća, to jest privrednih aktivnosti, iz kojih je nastao poreski dug. Sud je cenio tvrdnje kojima

tužilac ukazuje na činjenicu da je poreski dug nastao u periodu kad on nije bio upravnik poreskog dužnika, ali ih je odbio kao neosnovane, iz razloga što iako je poreski dug nastao izvan perioda u kome je tužilac bio upravnik poreskog dužnika, Sud je na stavu da se prihvatanjem funkcije „odgovornog lica“ kod određenog privrednog subjekta, pored pogodnosti, snose svi rizici poslovanja preduzeća, uključujući i poreske obaveze.

Upravni sud je doneo presudu 17.10.2018. godine kojom je, postupajući po tužbenom zahtevu tužilaca P.P. iz sela M1 i G.P. DOO M.1 protiv Rešenja (UP1. br. 2819/26-14 od 20.04.2018. godine) Ministarstva finansija – Uprava javnih prihoda – Regionalna direkcija B. tužbu jednog od tužilaca P.P. prihvatio, a osporeno rešenje Ministarstva finansija o naplati poreza poništio. U istoj presudi doneta je odluka o odbijanju tužbe G.P. DOO M.1. Drugu presudu doneo je Viši upravni sud 3.7.2019. godine, koji je postupio po žalbi Ministarstva finansija – Uprave javnih prihoda Regionalne direkcije B., podnetoj preko državnog pravobranioca, na presudu Upravnog suda (U.-5 br. 886/2018). U presudi je žalba odbijena kao neosnovana, a presuda Upravnog suda potvrđena. Upravni sud je doneo presudu kojom je tužba lica P.P. prihvaćena, pobijano rešenje Ministarstva finansija poništeno, a rešenjem se odbija tužba G.P. DOO M.1, iz razloga što se isto lice ne može pojaviti kao tužilac, jer pobijano rešenje Ministarstva finansija ne utiče na njegovo pravo (u pitanju je zahvaćeno pravo prvotuzilje, lica P.P.), odnosno lice G.P. DOO nema aktivno legitimisanje za vođenje tog upravnog spora. Predmet je pokrenut tužbom dva tužioca, i to P.P. iz sela M1, kojem je rešenjem Ministarstva finansija – Uprave javnih prihoda – Područne uprave B. godine utvrđeno da je poreski garant za poreski dug u ukupnom iznosu od 3.962.952,00 denara. Pobjanom odlukom lica P.P. se obavezuje za poreski dug u iznosu od 1.981.476,00 dinara (porez na dodatu vrednost u iznosu od 1.878.651,00 denara i porez na dobit u iznosu od 102.825,00 denara), kao i za kamate u iznosu 0,03% za svaki dan kašnjenja. Upravni sud je svoju presudu zasnovao na: povredi odredaba postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju i pogrešnoj primeni materijalnog prava. Sud je naveo da je tuženom P.P. Ministarstvo finansija neosnovano utvrdilo status poreskog garanta, navodeći da je to u suprotnosti sa čl. 27, st. 1 i 3 Zakona o privrednim društvima, s obzirom da P.P. ima svojstvo osnivača u G.P. DOO kao poreski dužnik. U obrazloženju Upravni sud navodi da je rešenjem Ministarstva finansija povređen zakon na štetu tužioca P.P. zbog činjenice da Ministarstvo finansija-Uprava javnih prihoda nije utvrdilo sve činjenice, a posebno nije uzelo u obzir činjenice koje idu u prilog licu P.P., a u skladu sa čl. 27, st. 3 Zakona o privrednim društvima, gde ortaci ne odgovaraju za obaveze društva. Dalje, citiran je čl. 40, st. 4 ZTD, prema kojem poverilac društva ne može

namiriti svoja potraživanja iz imovine ortaka. Nadalje, iako je pokrenut postupak prinudne naplate utvrđenog poreskog duga, Sud smatra da ZTD ima prednost u primeni, odnosno da ZPP ima prednost samo u odnosu na druge poreske zakone, a u konkretnom slučaju radi se o odgovornosti ortaka za obaveze trgovinskog društva uređene ZTD. Protiv presude Upravnog suda (U-5. br. 886/2018) Ministarstvo finansija – Uprava javnih prihoda – RD B., preko Državnog ombudsmana, pokrenut je žalbeni postupak pred Višim upravnim sudom. Viši upravni sud je doneo presudu (UZ-3. br. 65/2019) kojim se žalba odbija kao neosnovana, a presuda Upravnog suda potvrđuje. Viši upravni sud je utvrdio da je u skladu sa čl. 18 i čl. 35a, st. 1 i 2 Zakona o poreskom postupku, za poreski dug poreskog dužnika kod kojeg je pokrenut postupak prinudne naplate, garantovana naplata svom imovinom od lica koje je svojim radnjama i odlukama uticalo na privredne aktivnosti poreskog dužnika, a koji je rezultirao poreskim dugom (srazmerno procentu učešća). Na osnovu čl. 140, st. 1, tač. 1-6. ZPP naveo je način na koji se vrši prinudna naplata i utvrdio da Ministarstvo finansija – Uprava javnih prihoda RD B. nije pokrenulo postupak protiv lica P.P. na pravilan način u skladu sa Zakonom, odnosno Viši upravni sud smatra da je Upravni sud pravilno zaključio da je Ministarstvo finansija povredilo pravo P.P., ali iz drugih razloga. Prema obrazloženju u presudi Višeg upravnog suda, lice P.P. je rešenjem Ministarstva finansija pravilno utvrđeno kao poreski garant (prema čl. 35a Zakona o poreskom postupku), ali Viši upravni sud nalazi da je osporeno rešenje Ministarstva finansija nejasno, jer u njemu nije jasno naznačeno iz kojeg prethodnog rešenja proizlazi dug za koji je lice P.P. zaduženo kao poreski garant, na koji period se odnosi poreski dug, odnosno po kom osnovu je obračunat iznos od 1.981.476,00 denara za koji je lice P.P. poreski garant. Viši upravni sud je to potkrepio činjenicom da nisu obezbeđeni dokazi za udeo poreskog garanta P.P. u G.P. DOO iz M.1. Viši upravni sud je naveo da organ ubuduće treba da donese jasnu i nedvosmislenu odluku sa svim pravnim osnovama na osnovu kojih će voditi postupak prinudne naplate, odnosno Viši upravni sud smatra da je ostalo nejasno iz kojih razloga je započet postupak prinudne naplate od poreskog garanta.

ZAKLJUČAK

Zanemarivanje instituta „skidanje vela odgovornosti“ trgovačkih društava u postupku utvrđivanja statusa poreskog garanta dovelo je u pitanje pravnu sigurnost članova društva i članova uprave. Naime, bez jasno utvrđenih uslova pristupa se određivanju statusa poreskog garanta i naplata poreskog duga. Primenom čl. 35a poreski organ ne pristupa primeni ZTD, s obrazloženjem da je ZPP *lex specialis*

u odnosu na ZTD. Na taj način se poreski organ stavlja u poziciju nadležnog organa (suda) koji potvrđuje pretpostavljenu ličnu odgovornost ortaka, odnosno akcionara. U tom postupku poreski organi dobijaju proširenu nadležnost, odnosno sudsku nadležnost. Poreski organ se stavlja u ulogu arbitra, što potvrđuje tezu da su norme poreskopravne prirode *sui generis*, odnosno da poresko pravo ima *supra* poziciju u odnosu na ostale grane prava. Tome odgovara i stav Evropskog suda za ljudska prava u primeni čl. 6, st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, koji je napravio jasnu distinkciju u odnosu na određivanje pojma prava i obaveza građanskopravne prirode, s tim da prava i obaveze u domenu oporezivanja nisu obuhvaćene pomenutim pojmovima. Analiza sudske prakse Upravnog suda i Višeg upravnog suda RSM pokazuje da upravnosudska zaštita sledi logiku *supra* karakteru poreskih propisa.

Prof. Dr. SEJDEFA DŽAFČE

Full professor and Dean, Faculty of Legal and Political Sciences

AUE-FON University Skopje, North Macedonia

OPEN ISSUES IN THE PROCESS OF DEFINING THE STATUS OF TAX
GUARANTOR IN CASE OF ABUSE OF TAX LAW IN THE MACEDONIAN LEGAL
SYSTEM – ANALYSES OF CASES OF THE ADMINISTRATIVE COURT
OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Summary

The introduction of the Law on Tax Procedure in 2013 in the Republic of North Macedonia resulted in extending the circle of entities gaining the status of tax guarantors in the tax collection process, on the basis of the secondary tax responsibilities taxpayers – members of capital society and of management. In the process of defining the status of the tax guarantor, the tax collection entities rely on the liability of partners, shareholders, as well as representatives of trade associations, which contributed with their activities to a situation where payment of the tax debt has become impossible. The procedure of defining the liability of the above entities has been administered without the application of the institute “uncovering the veil of the legal entity”. Namely, the tax collecting institution a priori envisions the personal and unlimited responsibility of these entities. The analysis has indicated that the Law on tax procedure is vague in terms of the definition of conditions that can lead to personal responsibility of partners, i.e. shareholders, as well as representatives of companies that have the status of taxpayers. In this context the analysis of the change in the concept “legal tax guarantee” vis à vis “penetration of the legal subjectivity” questions the aspect of legal security, reduces the trust between the participants in the tax law relation, which consequently weakens the tax related ethics and discipline.

Key words: tax guarantee, Law on Tax Procedure, lifting the veil, abuse of law, Republic of North Macedonia

Literatura

- Беличанец Т., Е. Градишка Лазаревска, М. Негков, *Право на друштва*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009.
- Dzafche S., A. Maksimovska Stojkova, *Danočen garant i primena na Zakonot za danočna postapka kako lex specialis vo odnos na Zakonot za trgovski društva*, Parvnik, Skopje, 2022.
- Nowell-Smith H., H. O'Reilly, A triumph of substance over form in how discrimination law treats obesity, <http://www.cavalluzzo.com/publications/Reference%20documents/Triumph%20of%20Substance%20over%20Form%20H%20OReilly.pdf>.

PREGLEDNI RAD

STJEPAN GADŽO

OPOREZIVANJE NERAZMJERA IZMEĐU STEČENE IMOVINE I DOKAZANIH IZVORA ZA NJEZINO STJECANJE U HRVATSKOM PRAVU: NORMATIVNI OKVIR I PROBLEM TERETA DOKAZIVANJA

Republika Hrvatska pripada onom krugu država koje su, primarno s ciljem operacionalizacije postulata o oporezivanju protupravno stečenih primitaka, detaljno normativno uredile postupak sučeljavanja stečene imovine i potrošnje poreznog obveznika, s jedne strane, te dokazanih izvora imovine, s druge. U ovom radu analizirana su važeća rješenja hrvatskog poreznog prava u pogledu tzv. instituta nerazmjera. Posebno je ukazano da pravila o nerazmjeru, posebno nakon izmjena Zakona o porezu na dohodak iz 2016. godine, imaju kaznenopravnu prirodu u smislu jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava, čime se poseban naglasak u njihovoj praktičnoj provedbi mora staviti na zaštitu postupovnih prava poreznih obveznika. U tom su pogledu prikazani i neki prijepori koji izvire iz bogate upravne i sudske prakse, osobito u pogledu dokazivanja relevantnih činjenica i raspodjele tereta dokazivanja između poreznih tijela i poreznog obveznika.

Ključne riječi: porez na dohodak, izvori imovine, nerazmjer, teret dokazivanja, načelo jednakosti oružja

U V O D

U okviru temeljnog kolegija posvećenog javno-financijskom ili poreznom pravu studentima se, kako hrvatskih tako i inozemnih pravnih fakulteta, fenomen nezakonite porezne evazije (engl. *tax evasion*) često ilustrira na primjeru Ala Caponea,

Dr Stjepan Gadžo, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Rijeci, e-mail: stjepan.gadzo@pravri.uniri.hr.

jednog od najpoznatijih američkih gangstera u razdoblju međuraća.¹ Naime, unatoč brojnim teškim zločinima koje je počinio, naručio ili organizirao (ubojstva, otmice, iznude, krijumčarenje i dr.), Capone je 1931. godine osuđen na zatvorsku kaznu od 11 godina zbog utaje poreza, s obzirom da su američka porezna tijela i FBI prikupili dokaze o milijunskim primicima koje je ostvario od različitih nezakonitih aktivnosti.² Iako je tijekom sudskog postupka sam Capone izjavljivao da država ne može ubrati porez od nezakonito stečenog novca, morao se pomiriti s jednim od temeljnih porezno-pravnih postulata većine nacionalnih zakonodavstava: i primici, imovina ili drugo porezno dobro ostvareno kaznenim djelom podliježu oporezivanju.³

U Sjedinjenim Američkim Državama, primjerice, Vrhovni sud isto je potvrdio već 1927. godine, u slučaju *Sullivan*.⁴ U kontinentalnim pravnim sustavima navedeni je postulat najčešće izrijeком propisan. Tako hrvatski Opći porezni zakon, slijedeći uzor iz odjeljka 40 njemačkog Zakonika o javnim davanjima (njem. *Abgabenordnung*), navodi u čl. 11, st. 2: „Ako je prihod, dohodak, dobit ili druga procjenjiva korist ostvarena bez pravne osnove, porezno tijelo utvrdit će poreznu obvezu u skladu s posebnim zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza.“⁵ U literaturi se ističe kako oporezivanje protupravno stečenog dohotka ima za cilj realizaciju ustavnopravnog zahtjeva jednakosti poreznih obveznika i pravednosti u oporezivanju.⁶ Polazeći od kriterija gospodarske snage ili sposobnosti za plaćanje (engl. *ability to pay*), jasno je da i primitak koji je jedna osoba ostvarila počinjenjem kaznenog djela ima jednaku ekonomsku vrijednost kao zakonito ostvareni primitak druge osobe.⁷ Neoporezivanje protupravno stečenog dohotka i/ili imovine u tom bi pogledu narušilo jednakost među poreznim obveznicima te navelo na zaključak da je zakonodavac, barem prešutno, pristao da imaju porezno povlašteni status.

¹ Capone, Al., *Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021 <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=10721>, 1.9.2022.

² Al Capone Convicted on This Day in 1931 After Boasting, ‘They Can’t Collect Legal Taxes From Illegal Money’, <https://www.forbes.com/sites/amyfeldman/2022/07/06/hiring-refugees-how-one-big-factory-did-it/?sh=721092ec9f5d>, 1.9.2022.

³ Olivera Lončarić-Horvat, „Oporezivanje u skladu s načelima pravne države“, *Financijsko pravo i financijska znanost* (ur. Božidar Jelčić i dr.), Narodne novine, Zagreb, 2008, 540–541.

⁴ V. detaljno: Boris Bittker, „Taxing Income From Unlawful Activities“, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 25, br. 1, 1974, 131–133.

⁵ Opći porezni zakon (dalje: OPZ/16), *Narodne novine*, br. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 42/2020.

⁶ Ulrich Koenig, *Abgabenordnung*, C.H. Beck, 2021, § 40, para. 9.

⁷ B. Bittker, op. cit., 138.

Dakako, na praktičnoj se razini ne može očekivati da porezni obveznici sami dostavljaju podatke o primicima ili imovini stečenim protupravno, s obzirom na mogućnost kaznenog progona. Stoga se ovdje susrećemo s granicama tzv. modela samooporezivanja (engl. *self-assessment*), dominantnog u suvremenoj poreznoj praksi, uz potrebu za jačim aktivitetom poreznih tijela i *ex officio* utvrđenjem svih porezno relevantnih činjenica.⁸ Pri tome porezna tijela uzimaju u obzir temeljni ekonomski zakon koji kazuje da svi primici, bez obzira jesu li stečeni zakonito ili ne, mogu biti ili pretočeni u potrošnju poreznog obveznika ili dovesti do povećanja njegove imovine, u kojem god obliku (npr. gotov novac, pokretnine, nekretnine, financijska imovina i dr.). S obzirom da porezna tijela u svim državama imaju široke ovlasti u pogledu prikupljanja podataka o poreznom obvezniku kojima raspolažu druga javnopravna tijela, financijske institucije, te druge pravne i fizičke osobe, u okviru poreznog postupka moguće je utvrditi očito nesuglasje ili nerazmjer između prijavljenih (i prethodno oporezovanih) primitaka poreznog obveznika te njegove imovine i potrošnje. S druge strane, za potrebe oporezivanja posve je nebitno postoje li ili ne postoje dostatni dokazi koji upućuju na konkretan način stjecanja spornih primitaka (npr. počinjenje kaznenog djela).⁹ U tom smislu opet se možemo vratiti na primjer Caponea, kod koga je utvrđeno da je, unatoč relativno skromnim prijavljenim primanjima, posjedovao luskuznu nekretninu u Miami Beachu, dijamantni nakit, blindirani automobil i druge oblike vrijedne imovine, uz ekstremno visok nivo osobne potrošnje unutar promatranog razdoblja.¹⁰

U nekim državama (npr. Francuska, Srbija, Slovenija) operacionalizaciji navedenog postulata o oporezivanju protupravno stečenih primitaka služe posebna, detaljnija pravila koja razrađuju postupak i materijalnopravne posljedice sučeljanja stečene imovine i potrošnje, s jedne strane, te dokazanih izvora imovine, s druge. Cilj je ovog rada ukratko izložiti važeća normativna rješenja u hrvatskom poreznom pravu, koje još od 2003. godine poznaje oporezivanje tzv. nerazmjera u okviru poreza na dohodak. U gotovo dvadesetogodišnjem razdoblju ovaj institut trpi značajne normativne izmjene, a njegova primjena u praksi poreznih tijela posebno se intenzivira u posljednjih 10 godina. Iako praksu oporezivanja nerazmjera u Hrvatskoj obilježavaju brojni pravni prijepori, u ovom se radu poseban naglasak

⁸ O razlikama između navedenih pristupa v. Matthijs Alink, Victor van Kommer, *Handbook on Tax Administration*, IBFD, Amsterdam, 2016, pogl. 6.2.

⁹ Lee Burns, Richard Krever, "Individual Income Tax", *Tax Law Design and Drafting: Volume 2* (ed. Victor Thurony), International Monetary Fund, 1998, 532.

¹⁰ The Mystery of Al Capone's Missing Fortune, <https://www.vanityfair.com/hollywood/2020/05/tom-hardy-movie-al-capone-fortune>, 11.9.2022.

stavlja na nedoumice u pogledu raspodjele tereta dokazivanja uočene u judikaturi upravnih sudova, posebno s aspekta načela jednakosti oružja.

NORMATIVNO UREĐENJE INSTITUTA „NERAZMJERA“
U HRVATSKOM POREZONOM PRAVU

Kratki historijat i važeće materijalnopravne odredbe

Historijat normativnog uređenja instituta nerazmjera u Hrvatskoj moguće je pratiti od 2000. godine, kad se donosi prva inačica Općeg poreznog zakona,¹¹ čime je i domaći porezno-pravni okvir uvelike osuvremenjen i unaprjeđen, po uzoru na SR Njemačku i druge zapadnoeuropske zemlje.¹² Uvodno naznačen postulat oporezivanja primitaka i drugih poreznih dobara ostvarenih bez pravne osnove prvi je put našao svoj normativni izričaj upravo u OPZ/00.¹³ Nadalje, uređujući institut procjene porezne osnovice (njem. *Schätzung der Bemessungsgrundlage*), OPZ/00 je u čl. 79, st. 4. propisivao: „Osnovica poreza na dohodak, odnosno dobit fizičkih osoba može se procjenom utvrditi i kao razlika između izdataka poreznog obveznika za privatne potrebe i/ili stečene privatne imovine i prijavljenog dohotka, odnosno dobiti, ako se za tu razliku ne može dokazati da je oporezivana.“ Istovremeno je 1. siječnja 2001. godine na snagu stupio i novi Zakon o porezu na dohodak, koji je u čl. 48, st. 2. predvidio dužnost poreznih tijela da uspoređuju prijavljene primitke poreznih obveznika s dostupnim podacima o njihovoj imovini i izdacima.¹⁴

Iako je odredba čl. 79, st. 4. OPZ/00 pružala dovoljan pravni temelj za oporezivanje tzv. nerazmjera,¹⁵ zakonodavac je prepoznao potrebu da i u ZPD/00 unese izričitu odredbu koja propisuje dužnost poreznih tijela da kao dohodak oporezuju razliku između vrijednosti imovine poreznih obveznika i dokazane visine sredstava

¹¹ Opći porezni zakon (dalje: OPZ/00), *Narodne novine*, br. 127/2000, 86/2001, 150/2002, 147/2008.

¹² Božidar Jelčić, Predrag Bejaković, *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2012, 217–219.

¹³ OPZ/00, čl. 10, st. 2. Tekstualni izričaj navedene odredbe identičan je važećoj odredbi čl. 11, st. 2. OPZ/16, citiranoj u uvodu ovog rada.

¹⁴ Zakon o porezu na dohodak (dalje: ZPD/00), *Narodne novine*, br. 127/2000, 150/2002, 163/2003, 30/2004, 177/2004.

¹⁵ To posebno ako se uspoređi s iskustvima Njemačke i Austrije u pogledu primjene instituta procjene. V. U. Koenig, *op. cit.*, § 162, para. 110; Christoph Ritz, Brigitt Koran, *Bundesabgabenordnung: Kommentar*, Linde, Wien, 2021, 773.

za njezino stjecanje, pod uvjetom da temeljem prikupljanja i usporedbe podataka utvrde da izvori imovine nisu dokazani.¹⁶ Tako praktična provedba instituta nerazmjera zapravo započinje 2003. godine.¹⁷ U daljnjem razdoblju dolazi do većeg broja zakonskih i podzakonskih izmjena u pogledu predmetnog instituta, mahom porezno-tehničke naravi.¹⁸

Važeća normativna rješenja vezana su za prvi krug tzv. sveobuhvatne porezne reforme, u okviru kojeg se krajem 2016. godine donose nove verzije OPZ (OPZ/16) te ZPD.¹⁹ I novi OPZ sadrži pravni temelj za oporezivanje tzv. nerazmjera u sklopu pravila o procjeni porezne osnovice: „Ako Porezna uprava na temelju prikupljenih podataka utvrdi da fizička osoba raspolaže imovinom ili sredstvima za privatnu potrošnju koja višestruko premašuje primitke što ih je fizička osoba ostvarila tijekom godine, Porezna uprava pozvat će fizičku osobu da dostavi dokaze o izvorima stjecanja imovine. Ako se fizička osoba ne odazove pozivu Porezne uprave ili ne dostavi vjerodostojne dokaze o izvorima stjecanja imovine, Porezna uprava procjenom će utvrditi osnovicu poreza na dohodak fizičke osobe.“²⁰ Kao i u ranijem razdoblju, detaljnija pravila, i materijalna i postupovna, koja predstavljaju *leges speciales* u odnosu na gore citirani čl. 92, st. 4. OPZ/16, sadržana su u Zakonu o porezu na dohodak. Tako je odredbom čl. 76, st. 1. ZPD/16 propisano: „Drugim dohotkom smatra se primitak utvrđen kao razlika između vrijednosti stečene imovine i značajnih izdataka učinjenih osobito za luksuz, zabavu i razonodu s jedne strane (dalje u tekstu: stečena imovina) i dokazane visine sredstava za njezino stjecanje i stjecanje tih izdataka s druge strane.“ Ovom materijalno-pravnom odredbom zapravo je uređeno pitanje kvalifikacije nerazmjera, tj. razlike između vrijednosti stečene imovine poreznog obveznika i dokazane visine izvora imovine u hrvatskom sustavu poreza na dohodak. Ovdje je potrebno napomenuti kako nakon donošenja ZPD/16 hrvatski porez na dohodak možemo označiti hibridom između u teoriji poznatih modela sintetičkog i analitičkog poreza.²¹ Naime, ukupan dohodak poreznog obveznika se prema načinu utvrđenja dijeli na godišnji i konačni dohodak, te se primici koji potpadaju u pojedinu od navedenih kategorija međusobno

¹⁶ ZPD/00, čl. 48, st. 3 (odredba stupila na snagu 1. siječnja 2003. godine).

¹⁷ Paulino Lonza, „Postupak oporezivanja nerazmjera primitaka i izdataka fizičkih osoba i njegova uloga u istragama kaznenih djela“, *Porezni vjesnik*, br. 12, 2018, 46.

¹⁸ Za detaljniji pregled v. *ibidem*, 46-47.

¹⁹ Zakon o porezu na dohodak (dalje: ZPD/16), *Narodne novine*, br. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020.

²⁰ OPZ/16, čl. 92, st. 4.

²¹ Usp. Hrvoje Arbutina, „Porez na dohodak“, *Javnofinancijski sustav Republike Hrvatske* (ur. Hrvoje Arbutina i dr.), *Narodne novine*, Zagreb, 2022, 8.

ne zbrajaju.²² Pri tome se primici klasificiraju kao godišnji ili konačni dohodak ovisno o njihovom „izvoru“ u ekonomskom smislu, te se primici od nesamostalnog rada i od samostalne djelatnosti uvijek smatraju godišnjim dohotkom, a primici od imovine i imovinskih prava te od kapitala uvijek smatraju konačnim dohotkom.²³ U tom smislu čl. 76, st. 1 ZPD/16 jasno određuje da se tzv. nerazmjer ubraja u kategoriju „drugog dohotka“, i to onog koji se oporezuje kao konačni dohodak. Nadalje, čl. 77. ZPD/16 određuje da se dohodak po osnovi nerazmjera oporezuje po stopi od 60%.²⁴

Postupak utvrđenja nerazmjera

Mjerodavne postupovne odredbe sadržane su u čl. 88. i 89. ZPD/16. Polazeći od navedenih odredbi, moguće je razlučiti tri osnovne faze postupka utvrđivanja drugog dohotka po osnovi nerazmjera.²⁵ Prva faza podrazumijeva prikupljanje svih podataka relevantnih za oporezivanje fizičkih osoba, napose podataka o njihovim primicima i imovini, te usporedbu tako prikupljenih podataka.²⁶ Porezna uprava u tu svrhu ustrojava evidencije o imovini poreznih obveznika, čiji se podaci uspoređuju s relevantnim podacima prikupljenim od drugih javnopravnih tijela (npr. podaci Ministarstva unutarnjih poslova o vlasnicima vozila, podaci lučkih kapetanija o plovilima i dr.) te privatnih subjekata (npr. podaci banaka i drugih financijskih institucija o stanju na računima i/ili vlasništvu financijskih instrumenata). U čl. 94, st. 3. Pravilnika o porezu na dohodak²⁷ pojašnjeno je da evidencija o osobnoj imovini poreznih obveznika sadrži podatke o imovini tih osoba u tuzemstvu i u inozemstvu, a osobito o nekretninama, vozilima, plovilima, zrakoplovima, iznosu gotovine u domaćoj i stranoj valuti iznad 100.000,00 kuna, stanju novčanih sredstava na osobnim računima ili štednim knjižicama, vrijednosnim papirima i dr. Ova početna faza postupka utvrđivanja nerazmjera u praksi je poreznih tijela, s obzirom na korištenje suvremenih tehnologija i sustava analize rizika, djelomično automatizirana korištenjem signala rizičnosti.²⁸

²² ZPD/16, čl. 12, st. 2.

²³ ZPD/16, čl. 12, st. 3 i 4.

²⁴ ZPD/16, čl. 78, st. 1 i 2.

²⁵ P. Lonza, op. cit., 49–50.

²⁶ ZPD/16, čl. 88, st. 1 i 2.

²⁷ Pravilnik o porezu na dohodak (dalje: PPD), *Narodne novine*, br. 10/2017, 128/2017, 106/2018, 1/2019, 80/2019, 1/2020, 74/2020, 138/2020, 1/2021, 102/2022.

²⁸ Božidar Kutleša, „Nerazmjer – utvrđivanje drugog dohotka po osnovi razlike vrijednosti nabavljene imovine i ostalih izdataka u odnosu na zakonito stečene primitke“, *Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi* (ur. Ante Galić), Organizator, Zagreb, 2020, 32–33.

Naime, određene transakcije (npr. kupnja nekretnine) imaju funkciju signala ili povoda za daljnju obradu podataka u odnosu na poreznog obveznika u pitanju.

Ako se u opisanoj prvoj fazi postupka pokaže da izvori imovine pojedinog poreznog obveznika nisu dokazani, tj. da postoje znatna odstupanja između primitaka, s jedne strane, te izdataka za nabavljenu imovinu i potrošnju, s druge, pokreće se postupak provjere, koji podrazumijeva sudjelovanje poreznog obveznika u postupku.²⁹ Ovdje prvo valja naglasiti da važeća zakonska rješenja izazivaju nedoumice oko pretpostavki pod kojima porezna tijela, po provedenoj usporedbi podataka, pokreću postupak provjere. Naime, čl. 89, st. 3 ZPD navodi da mora biti riječ o „znatnim odstupanjima“ između uobičajenih (sic!) primitaka poreznih obveznika i nastalih izdataka za nabavljenu imovinu i utrošenih sredstava za potrošnju. Čak i ako se zanemare brojne nomotehničke manjkavosti navedene odredbe, problem je što ni u ZPD ni u PPD ne nalazimo detaljnije određenje „znatnih odstupanja“. Nakon što je novelom ZPD/16 iz 2020. godine izbrisan čl. 89, st. 10. koji je ministru financija davao ovlast da pravilnikom propiše što se smatra znatnim odstupanjima, rješenje valja tražiti u primjeni gore citirane odredbe *lex generalis* naravi iz čl. 92, st. 4. OPZ/16. Njome je, kao pretpostavka primjene instituta procjene, predviđeno da imovina i izdaci za potrošnju *višestruko premašuju* ostvarene primitke. Praksa poreznih tijela potvrđuje da do pokretanja postupka provjere dolazi ako analiza dostupnih podataka ukaže na postojanje nerazmjera u barem dvostrukom iznosu od prijavljenih primitaka.³⁰ U svakom slučaju, postupak provjere vezan je za ostvarenje jednog od temeljnih prava poreznih obveznika u okviru poreznog postupka – prava na očitovanje o svim činjenicama bitnim za oporezivanje.³¹ U tu svrhu porezno je tijelo dužno pozvati poreznog obveznika da popuni poseban obrazac (*Izjava fizičke osobe o izvornima stjecanja imovine*),³² čiji je oblik i sadržaj propisan Pravilnikom o provedbi Općeg poreznog zakona.³³ Postupak provjere je neupravni postupak, u okviru kojeg porezni obveznik ima pravo (ne i dužnost!) obrazložiti prethodno utvrđeno nesuglasje između stečene imovine i prijavljenog dohotka, tj. dokazati izvore

²⁹ ZPD/16, čl. 89, st. 3.

³⁰ B. Kutleša, op. cit., 34.

³¹ OPZ/16, čl. 7.

³² ZPD/16, čl. 89, st. 3.

³³ V. čl. 45 Pravilnika o provedbi Općeg poreznog zakona, *Narodne novine*, br. 45/2019, 35/2020, 43/2020, 50/2020, 70/2020, 74/2020, 103/2020, 114/2020, 144/2020, 2/2021, 26/2021, 43/2021, 106/2021, 144/2021. Dakako, ovakvu razasutost zakonskih i podzakonskih odredbi koje uređuju u suštini jedinstveni porezno-pravni institut valja podvesti kritici, s obzirom da ide u prilog često istaknutih ocjena kako u poreznom pravu vlada normativni kaos.

vlastite imovine.³⁴ U tom smislu od posebnog je značenja odredba čl. 89, st. 9. ZPD/16 kojom je propisano da se izvori i iznosi sredstava kojima se dokazuje vrijednost stečene imovine moraju temeljiti na vjerodostojnim ispravama. Navedena se odredba u nastavku rada podvrgava kritici, s obzirom da praktički predviđa formalnu dokaznu maksimu u postupcima utvrđivanja nerazmjera, kao iznimku od načela slobodne ocjene dokaza u okviru upravnog (pa tako i porezno-upravnog) postupka.

Konačno, treća faza postupka nastupa ako se porezni obveznik ne odazove pozivu za dostavom podataka ili ne dostavi vjerodostojnu dokumentaciju koja dokazuje izvore imovine.³⁵ U tim slučajevima porezna tijela pokreću postupak poreznog nadzora, reguliranog čl. 115–126 OPZ/16. Dakle, tek u ovoj fazi dolazi do pokretanja upravnog postupka, u kojoj se moraju poštivati stroga zakonska pravila glede dostave obavijesti o početku nadzora, omogućavanju sudjelovanja poreznog obveznika u postupku nadzora, zaključnom razgovoru, sastavljanju zapisnika i dr. Od posebnog je značenja pitanje dopustivosti poreznog nadzora s aspekta vremena, tj. pitanje u odnosu na koje vremensko razdoblje porezna tijela utvrđuju nerazmjer. Sukladno čl. 89, st. 8. ZPD/16 u vezi s čl. 117, st. 3. OPZ/16 ova se faza postupka provodi isključivo za imovinu stečenu unutar razdoblja za koje nije nastupila zastara prava na utvrđivanje porezne obveze. Odredbama čl. 108, st. 1 i 2. OPZ/16 predviđeno je da zastara prava na utvrđivanje porezne obveze nastupa nakon proteka roka od šest godina, počevši od isteka godine u kojoj je porezna obveza nastala, tj. u kojoj su nastupile činjenice koje dovode do obveze plaćanja poreza. Shodno tomu, valja zaključiti da se drugi dohodak po osnovi nerazmjera može utvrđivati u odnosu na imovinu stečenu u okviru šest kalendarskih godina koje prethode godini u kojoj se pokreće postupak poreznog nadzora.³⁶ Tako, primjerice, porezna tijela u nadzoru pokrenutom 2022. godine mogu utvrđivati drugi dohodak po osnovi nerazmjera u odnosu na imovinu koju je porezni obveznik stekao od 1.1.2016. godine, ali ne i u odnosu na imovinu stečenu i izdatke nastale prije tog datuma. Tim rješenjem otklonjena je značajna razina pravne nesigurnosti koja je postojala u razdoblju od 1.1.2013. do 1.1.2017. godine, tj. do stupanja na snagu ZPD/16, kad provedba postupka utvrđivanja nerazmjera *de facto* nije bila ograničena zastarnim rokom.³⁷ Nastavno na navedeno, jasno je da poseban problem u praksi poreznih tijela predstavlja utvrđenje početnog stanja imovine

³⁴ ZPD/16, čl. 89, st. 5. Usp. P. Lonza, *op. cit.*, 49-51.

³⁵ ZPD/16, čl. 89, st. 6.

³⁶ P. Lonza, *op. cit.*, 55.

³⁷ *Ibidem*, 46-47.

poreznog obveznika, tj. stanja na prvi dan promatranog razdoblja, a koji nikako ne smije prethoditi početku tijeka zastarnog roka.³⁸ U svakom slučaju, ako porezna tijela po provedenom postupku nadzora utvrde nerazmjer oporeziv sukladno čl. 76, st. 1. ZPD, donijet će porezno rješenje u kojem će biti određen iznos dužnog poreza, uz obvezu poreznog obveznika da isti uplati u roku od 15 dana od dana dostave rješenja.³⁹

O pravnoj prirodi i porezno-političkim ciljevima instituta nerazmjera

U prethodnim se dijelovima ovog rada oporezivanje tzv. nerazmjera u Hrvatskoj kvalificiralo specifičnim porezno-pravnim institutom. Na prvi pogled takvo određenje je neprijeporno: (i) relevantne materijalnopravne i postupovno-pravne odredbe (vidi *supra* u ovom poglavlju) sadržane su u poreznim propisima, prije svega ZPD/16 i OPZ/16; (ii) u slučaju utvrđenja nerazmjera, tj. razlike između stečene imovine i prijavljenih primitaka fizičke osobe, relevantni iznos kvalificira se drugim dohotkom i oporezuje već postojećim poreznim oblikom (porez na dohodak); (iii) cjelokupni postupak provode porezna tijela kao tijela državne uprave.

Ipak, za sagledavanje svih aspekata predmetnog instituta potrebno je detaljnije analizirati njegovu pravnu prirodu i ciljeve kojima služi, a posebno u odnosu na neke druge pravne institute koje je moguće označiti srodnima. Tako, primjerice, upravno pravo poznaje institut izvlaštenja (eksproprijacije), koji predstavlja zahvat u imovinska prava privatnih subjekata (fizičkih i pravnih osoba) temeljem akta javne vlasti.⁴⁰ Međutim, izvlaštenje je u suvremenim pravnim sustavima, kao iznimka od na ustavnoj razini zajamčenog prava vlasništva, vezano isključivo za određena dobra čije bi oduzimanje bilo u javnom interesu (npr. zemljište koje može služiti za izgradnju ceste), a i pretpostavlja davanje adekvatne naknade izvlašteniku.⁴¹

Još je zanimljivije razmotriti odnos pravila o nerazmjeru s institutom oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom, pogotovo ako se imaju

³⁸ B. Kutleša, op. cit., 35.

³⁹ ZPD/16, čl. 78, st. 3 i 4.

⁴⁰ Ivo Borković, *Upravno pravo*, Informator, Zagreb, 1997, 558-559.

⁴¹ Marc Bourgeois, „Constitutional framework of the different types of income“, *The Concept of Tax* (ed. Bruno Peeters), IBFD, Amsterdam, 2005, 130. Tako je u Hrvatskoj institut izvlaštenja vezan isključivo za nekretnine i podrazumijeva pravo izvlaštenika na novčanu naknadu u iznosu tržišne vrijednosti izvlaštene nekretnine. V. čl. 11. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade, *Narodne novine*, br. 74/2014, 69/2017, 98/2019.

u vidu uvodne naznake o potrebi oporezivanja nezakonito ostvarenih primitaka. Prema hrvatskom Kaznenom zakonu oduzimanje imovinske koristi predstavlja kaznenopravnu mjeru, tj. *sui generis* sankciju koju sud obvezno izriče u odluci kojom je utvrđeno da je ostvarena protupravna radnja.⁴² Oduzimanje imovinske koristi koju je počinitelj kaznenog djela ostvario kaznenim djelom zbog kojeg je osuđen ima ne samo punitivne učinke, već i preventivne, s obzirom da stavlja na znanje i počinitelju i drugim osobama da se nezakonito stjecanje imovine ne isplati.⁴³ Ovdje valja ponoviti da se u poreznim postupcima koji se pokreću u vezi tzv. nerazmjera ne utvrđuje porijeklo stečene imovine poreznog obveznika, uključujući i činjenice vezane za počinjenje kaznenih djela. Imajući u vidu mjerodavne odredbe ZPD/16 i OPZ/16, porezna tijela načelno uopće ne bi trebalo zanimati je li porezni obveznik kakve primitke ostvario kaznenim djelom (npr. primanje mita) ili ih je ostvario zakonito, ali ih nije prijavio. Naime, u ovom je specifičnom poreznom postupku za porezna tijela jedino bitno postoji li nerazmjer unutar promatranog razdoblja, uz davanje mogućnosti poreznom obvezniku da isti opravda, odnosno dokaže izvore imovine.⁴⁴ Dakako, tijela kaznenog progona u praksi će se, napose kad je riječ o kaznenim djelima iz domene gospodarskog kriminala, oslanjati na podatke kojima raspolažu porezna tijela, uključujući i činjenice utvrđene u postupcima provjere izvora imovine i utvrđenja nerazmjera.⁴⁵ Isto proizlazi i iz različitih zahtjeva koje državni odvjetnik može uputiti ministarstvu financija (pa tako i poreznim tijelima), uključujući traženje podataka o novčanim transakcijama te zahtjev za kontrolom poslovanja ili obavljanje nadzora pravne i fizičke osobe.⁴⁶ Nadalje, sukladno čl. 123 OPZ/16, porezno tijelo obvezno je podnijeti (kaznenu) prijavu nadležnom tijelu ako se tijekom poreznog nadzora pojavi sumnja da je porezni obveznik počinio kazneno djelo. Sukladno tomu, česti su slučajevi paralelnog odvijanja poreznog postupka u kojem se utvrđuje nerazmjer te kaznenog postupka u kojem se utvrđuje krivnja počinitelja kaznenog djela iz kojeg izvire kakva imovinska korist. Odredba čl. 11,

⁴² V. čl. 77. Kaznenog zakona, *Narodne novine*, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021. Detaljnije o oduzimanju imovinske koristi v. Petar Novoselec, Igor Martinović, *Komentar Kaznenog zakona – I. knjiga: Opći dio*, Narodne novine, Zagreb, 2019, 467-476.

⁴³ *Ibidem*, 469.

⁴⁴ Usp. B. Kutleša, op. cit., 24-27.

⁴⁵ P. Lonza, op. cit., 51.

⁴⁶ V. posebno čl. 206g i 206i Zakona o kaznenom postupku, *Narodne novine*, br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 121/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019, 126/2019, 130/2020, 80/2022.

st. 3. OPZ/16 u tom smislu predstavlja svojevrsnu „pomirbu“ ova dva postupka, napose imajući u vidu načelo *ne bis puniri*: „Ako je u kaznenom ili prekršajnom postupku pravomoćnom odlukom izrečeno oduzimanje imovinske koristi ostvarene protupravnom radnjom, porezni akt kojim je utvrđena porezna obveza poništiti će se na zahtjev poreznog obveznika u visini oduzete imovinske koristi u kaznenom ili prekršajnom postupku.“

Iz normativnog dizajna instituta nerazmjera u hrvatskom zakonodavstvu moguće je izvući i određene zaključke o njegovim ciljevima. Pri tome prvo valja primijetiti da se na općenitoj razini oporezivanje razlike između stečene imovine i prethodno prijavljenih primitaka poreznih obveznika može povezati s dva temeljna ustavna načela oporezivanja – načelima jednakosti (poreznih obveznika) i pravednosti u oporezivanju.⁴⁷ Uostalom, u njemačkoj doktrini uvjerljivo se brani teza kako upravo tome služi i puno širi institut procjene porezne osnovice: procjenom se osigurava da adekvatan porezni teret snose i oni porezni obveznici kod kojih je iz određenih razloga nemoguće poreznu osnovicu odrediti izravno, tj. pomoću poslovnih knjiga.⁴⁸

Visina poreznog opterećenja koje, sukladno važećim normama, snose porezni obveznici u odnosu na koje se utvrdi drugi dohodak po osnovi nerazmjera razotkriva druge ciljeve kojima služi čitav institut. Naime, prema čl. 78, st. 1 ZPD/16 porez na tako utvrđeni dohodak obračunava se po stopi od 30%. Vrijedi napomenuti kako je u važećem sustavu hrvatskog poreza na dohodak riječ o najvišoj stopi po kojoj se obračunava porez na određene oblike konačnog dohotka (npr. dohodak od kapitala po osnovi izuzimanja imovine), kao i na onaj dio godišnjeg dohotka koji prelazi prag od 360.000 kuna. Međutim, odredbom čl. 78, st. 3. ZPD/16 propisano je da se porez obračunat po čl. 78, st. 1 (dakle, po stopi od 30%) uvećava za 100%. U praktičnom smislu, to znači da će efektivno porezno opterećenje dohotka od nerazmjera biti 60% od utvrđene osnovice. Opisano normativno rješenje, prema kojem se na predmetni oblik dohotka primjenjuje efektivna stopa značajno viša od najviše nominalne (zakonske) stope poreza na dohodak uvedeno je stupanjem na snagu ZPD/16. Pri tome je u razdoblju od 1.1.2017. do 31.12.2020. godine bilo propisano oporezivanje po zakonskoj stopi za drugi dohodak od 36%, uz uvećanje od 50%, tj. po efektivnoj stopi od 54%. Usporedbe radi, u ranijem razdoblju, tj. prije stupanja na snagu ZPD/16 dohodak utvrđen po osnovi nerazmjera se ili pribrajao godišnjoj poreznoj osnovici

⁴⁷ V. čl. 51. Ustava Republike Hrvatske (dalje: Ustav RH), *Narodne novine*, br. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 5/2014.

⁴⁸ U. Koenig, op. cit., § 162, para. 1; Usp. Jernej Podlipnik, „The legal nature of the Slovenian special tax on undeclared income“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2018, 107-108.

(od 1.1.2003. do 31.12.2014. godine) ili se oporezivao kao drugi dohodak (od 1.1.2015. do 31.12.2016. godine), po najvišoj zakonskoj poreznoj stopi.⁴⁹

Opisana normativna izmjena uvedena čl. 78, st. 3. ZPD/16 veoma je bitna u analizi pravne prirode instituta nerazmjera te njegovih ciljeva. Naime, uvećani dio porezne obveze (za 50% do 31.12.2020. godine, te za 100% od 1.1.2012. godine) u pravnom smislu treba okvalificirati kao dodatni porez (engl. *surcharge*), ciljevi kojega prelaze sferu općih porezno-političkih zahtjeva poput jednakosti i pravednosti u oporezivanju ili prikupljanja dodatnih javnih prihoda. Čini se neprijepornim kako je nametanjem ovako visokog poreznog tereta zakonodavac htio postići još najmanje dva cilja: (i) odvratajući učinak, tj. slanje poruke svim fizičkim i pravnim osobama da se utaja poreza ili protupravno stjecanje imovine ne isplati;⁵⁰ (ii) punitivni učinak, tj. kažnjavanje poreznih obveznika u odnosu na koje je utvrđen nerazmjer, ne u okviru kaznenopravnog režima, već visokom (efektivnom) poreznom stopom.

Određenje pravne prirode obveze koju porezna tijela nameću fizičkim osobama kod kojih je utvrđen nerazmjer u pravnom je smislu bitno na barem tri razine, od kojih prve dvije djeluju *de lege lata*: (i) za ispravno tumačenje mjerodavnih odredbi, s obzirom na posebnu važnost ciljne (teleološke) metode u području poreznog prava;⁵¹ (ii) za ispravno određenje opsega zaštite prava poreznih obveznika u predmetnim postupcima; (iii) za rasprave *de lege ferenda*, gdje se nužno važu svi, često suprotstavljeni porezno-politički ciljevi nekog pravila ili instituta.

Za potrebe ovog rada najzanimljiviji je aspekt prethodno naveden pod ad. (ii). Naime, praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) iznjedrila je, u pogledu tumačenja čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima,⁵² kriterije

⁴⁹ Za pregled v. P. Lonza, op. cit., 46-47.

⁵⁰ Ovaj cilj izrijeckom je potvrđen i prilikom noveliranja ZPD/16 i podizanja „kaznenog“ djela porezne stope s 50% na 100%: „Predloženo je smanjenje svih poreznih stopa, tj. porezno rasterećenje onih poreznih obveznika koji prijavljuju primitke u skladu sa zakonskim propisima, te povećanje poreznog opterećenja za one koji ih ne prijavljuju u skladu sa zakonskim propisima kojima se utvrđuje porez na dohodak od drugog dohotka po osnovi razlike vrijednosti imovine i visine sredstava kojima je stečena (nerazmjer imovine). Time se stimulira poslovanje i prikazivanje primitaka u skladu sa zakonskim propisima, a jačim oporezivanjem postupaka koji nisu u skladu sa zakonskim propisima želi se djelovati odvratajuće.“ V. Vlada RH (2020), *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak*, KLASA: 022-03/20-01/123, URBROJ: 65-20-07, od 26.11.2020.

⁵¹ Stjepan Gadžo, „Primjena i tumačenje poreznog prava: teorijsko-normativne osnove“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 70, br. 2-3, Zagreb, 2020, 394-398.

⁵² (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija), *Narodne novine – MU*, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010, 13/2017.

temeljem kojih valja pristupiti razgraničenju „klasične“ obveze po osnovi poreza u odnosu na autonomni konvencijski pojam „optužbe za kazneno djelo“ (engl. *criminal charge*), bitnog za utvrđenje opsega kaznenog aspekta prava na pravično suđenje.⁵³ Tako je ESLJP u predmetu *Jussila protiv Finske* odlučivao ima li dodatni porez, nametnut po stopi od 10% u odnosu na iznos procijenjene porezne obveze, temeljem nedostataka u poslovnoj dokumentaciji poreznog obveznika, kazneno-pravnu narav u smislu čl. 6. Konvencije.⁵⁴ Detaljnije razrađujući tzv. *Engel* mjerila, uvriježena u praksi ESLJP za definiranje kaznenog postupaka,⁵⁵ Sud je utvrdio sljedeće: (a) kvalifikacija dodatnog poreza kao porezno-pravne obveze u domaćem zakonodavstvu nije odlučna; (b) puno je važniji kriterij „prirode djela“, pri čemu je u konkretnom slučaju bilo odlučno da su mjerodavna pravila bila općenito obvezujuća (primjenjuju se na sve obveznike poreza na dodanu vrijednost) te da je njihov cilj odvratanje i kažnjavanje, a ne naknada kakve novčane štete nastale za državu; (c) stoga dodatni porez ima kazneno-pravnu narav u smislu čl. 6. Konvencije, bez obzira na relativno nizak iznos dodatnog poreza (treće mjerilo *Engel*).⁵⁶

Ako se pogled vrati na normativno uređenje instituta nerazmjera u Hrvatskoj nakon stupanja na snagu ZPD/16 te se u vidu imaju čimbenici koje je ESLJP razmatrao u predmetu *Jussila*, čini se nepobitnim da obveza nametnuta po osnovi utvrđenog nerazmjera ima kazneno-pravnu narav u smislu čl. 6. Konvencije. Ovakav zaključak ne mijenja ni nemogućnost odvajanja u postupovnom smislu onog dijela obveze koja se odnosi na „klasični“ porez i onog iznosa koji predstavlja kaznu za poreznog obveznika.⁵⁷ Naime, praksa ESLJP potvrđuje kako prava zajamčena čl. 6. Konvencije valja razmatrati i u onim postupcima u kojima je gotovo nemoguće razlučiti klasični porezni postupak od onog postupka koji ima kaznenu prirodu.⁵⁸ Ovakav zaključak može imati važne posljedice na razinu pravne zaštite poreznih obveznika u postupcima utvrđivanja nerazmjera, s obzirom na sve elemente koje podrazumijeva kazneni aspekt prava na pravično suđenje iz čl. 6. Konvencije.

⁵³ Općenito v. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*, 2022.

⁵⁴ *Jussila protiv Finske*, No 3053/01, ECHR 2006-XIV, 23.11.2006.

⁵⁵ Igor Martinović, „Načelo *ne bis in idem* nakon presude A. i B. protiv Norveške: mogućnost kaznenog progona za djelo o kojem je već odlučeno u prekršajnom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 26, br. 2, 2019, 594.

⁵⁶ *Jussila protiv Finske*, para. 37–38.

⁵⁷ ZPD/16, čl. 78, st. 3.

⁵⁸ *Georgiou protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 40042/98, 16.5.2000; *Jussila protiv Finske*, para. 45.

POSEBNO O TERETU DOKAZIVANJA I NAČELU
JEDNAKOSTI ORUŽJA

Kako je istaknuto u uvodu, primjena pravila o tzv. nerazmjeru u praksi se hrvatskih poreznih tijela posebno intenzivira u posljednjih 10 godina. Na to ukazuju i statistički podaci, prema kojima 2012. godina predstavlja svojevrsnu vremensku razdjelnicu: dok su 2010. i 2011. godine donesena ukupno 2 (!) rješenja u kojima je utvrđen nerazmjer, 2012. godine pokrenuto je ukupno 463 postupka te je doneseno čak 55 rješenja.⁵⁹ Uslijed primjene suvremenijih alata i baza podataka koji omogućuju kvalitetnije prethodne analize, 2016. godinu moguće je označiti drugom razdjelnicom, otkad se značajno smanjuje broj pokrenutih upravnih postupaka (nadzora) u vezi s nerazmjerom, ali se istodobno povećava prosječan iznos nerazmjera. Tako je u razdoblju od 1.1.2016. do 1.9.2020. doneseno u prosjeku 50 rješenja godišnje, s prosječno utvrđenim nerazmjerom po rješenju u iznosu od 1.511.603,39 kuna.⁶⁰ S obzirom na navedeno ne treba čuditi povećani broj poreznih sporova u vezi predmetnog instituta, o čemu svjedoči i bogata upravnosudska praksa. Pri tome se čini da porezni obveznici kojima je poreznim rješenjem utvrđen nerazmjer imaju gotovo neznatne šanse za uspjeh, pogotovo pred Visokim upravnim sudom (dalje: VUS) kao drugostupanjskim sudom. Naime, presude VUS analizirane za potrebe ovog rada gotovo bez iznimke potvrđuju valjanost prvostupanjskih i drugostupanjskih rješenja donesenih u postupcima utvrđivanja nerazmjera te odbijaju zahtjeve poreznih obveznika za njihovo poništenje.

Dakako, pri tome normativni okvir, opisan *supra*, u bitnome određuje meritum spora. Na ovom mjestu valja podsjetiti da porezno tijelo donosi rješenje u kojem se utvrđuje nerazmjer ako analizom svih dostupnih podataka izvede zaključak da je unutar promatranog razdoblja porezni obveznik stekao imovinu (što uključuje i izdatke za privatnu potrošnju) koja višestruko premašuje njegove primitke unutar istog razdoblja, a ista se razlika ne može pripisati stanju imovine na početku razdoblja (tzv. početnom stanju imovine). Slijedom navedenog, većina sporova oko primjene pravila o nerazmjeru u bitnome su sporovi o činjenicama, gdje porezni obveznik opovrgava činjenične navode o postojanju nerazmjera (ili u cijelosti ili djelomično), ističući:

1) da je porezno tijelo pogrešno utvrdilo početno stanje, tj. vrijednost njegove imovine, koja je zapravo bila veća; S obzirom na raspon službenih evidencija u koje porezna tijela imaju uvid (npr. o nekretninama, vozilima, plovilima i dr.),

⁵⁹ B. Kutleša, op. cit., 31.

⁶⁰ *Ibidem*.

porezni obveznici u praksi često ističu da su na početku razdoblja raspolagali gotovim novcem većeg iznosa; i/ili

2) da su tijekom razdoblja ostvareni neki primici koje porezno tijelo nije uzelo u obzir; Dakako, nema smisla pozivati se na primitke koji su oporezivi prema važećim propisima, jednako kao što se zbog opasnosti izlaganja kaznenom progono ne može očekivati da porezni obveznici istaknu da su primitke ostvarili počinjenjem kaznenog djela. Stoga ovdje u praksi prevladavaju činjenični navodi vezani za zakonite primitke ostvarene od drugih fizičkih osoba, a koji su neoporezivi prema važećim propisima (npr. darovanja od najbližih srodnika ili pozajmice u gotovom novcu); i/ili

3) da su porezna tijela primijenila pogrešnu metodologiju pri izvođenju zaključka o postojanju nerazmjera (npr. pogrešnim pripisivanjem određenih isplata s bankovnih računa ukupnim izdacima poreznog obveznika).⁶¹

U presudama kojima se odbijaju činjenični navodi poreznih obveznika te se potvrđuje činjenična utemeljenost rješenja kojima je utvrđen nerazmjer upravni sudovi mahom se pozivaju na pravilo o teretu dokazivanja, sadržano u čl. 88. OPZ/16. Prema navedenom pravilu, u poreznom postupku teret dokaza snosi porezno tijelo za činjenice koje utemeljuju porez, a porezni obveznik za činjenice koje smanjuju ili ukidaju porez.⁶² Iako detaljnija teorijska raščlamba navedenog pravila prelazi granice ovog rada, čini se pogrešnim shvaćanje izraženo u domaćoj doktrini i sudskoj praksi koje ga vezuje za distribuciju dokaznih aktivnosti sudionika u postupku, odnosno za subjektivnu inačicu pojma tereta dokazivanja.⁶³ Naime, u sferi upravnog postupka, pa i porezno-upravnog, u kojem se primjenjuje načelo materijalne istine, odnosno istražna (inkvizitorna) maksima⁶⁴ pojmu tereta dokazivanja je moguće pristupiti samo u njegovoj objektivnoj varijanti, tj. pri

⁶¹ Činjenično stanje na podlozi kojeg je donesena odluka Visokog upravnog suda br. UsI 2635/2016-7, od 22.2.2018. godine, može se uzeti kao paradigmatički primjer, s obzirom da je ovdje porezni obveznik suštinski isticao sva tri u glavnom tekstu razlučena činjenična prigovora.

⁶² Treba napomenuti da je pravilo o teretu dokazivanja koje djeluje u specifičnoj, porezno-pravnoj sferi sadržavala još i izvorna verzija OPZ (OPZ/00), u gotovo nepromijenjenom normativnom izričaju.

⁶³ Tako, primjerice, Alen Rajko, *Primjena pravila o teretu dokazivanja u upravnom postupku i upravnom sporu*, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2019B1239>, 2019, pogl. 3.3. Usp. i odluku Upravnog suda u Rijeci, 8 UsI-600/12-15, od 28. svibnja 2013.

Općenito o razlikovanju subjektivnog i objektivnog shvaćanja tereta dokazivanja v. Alan Uzelac, *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003, 79–80.

⁶⁴ V. čl. 8. Zakona o općem upravnom postupku, *Narodne novine*, br. 47/2009, 110/2021. V. OPZ/16, čl. 6, st. 2.

razmatranju kako prevladati činjeničnu neizvjesnost (tzv. *non liquet* situaciju).⁶⁵ U tom smislu čl. 88. OPZ/16 određuje na kome leži rizik neutvrđenosti određene činjenice, a ne potrebu za aktivitetom bilo poreznog tijela bilo poreznog obveznika tijekom dokaznog postupka.

U kontekstu instituta nerazmjera porezno tijelo snosi rizik neutvrđenosti činjenice da postoji značajan nerazmjer (razlika) između stečene imovine poreznog obveznika i dokazane visine sredstava za njezino stjecanje. S obzirom da je porezno tijelo vezano načelom materijalne istine, a pri tome je dužno s jednakom pažnjom utvrditi i one relevantne činjenice koje idu u prilog poreznog obveznika⁶⁶ pretpostavka za donošenje rješenja kojim se utvrđuje nerazmjer i obveza plaćanja poreza na dohodak po toj osnovi je utvrđenje poreznog tijela, na razini dokaznog standarda sigurnosti, da nerazmjer doista i postoji. Uostalom, tome i služe, kako je prethodno prikazano, dvije faze postupka koje prethode postupku nadzora, tijekom kojih porezno tijelo analizira sve dostupne podatke, uključujući i očitovanje poreznog obveznika o izvorima stjecanja imovine. S druge strane, na poreznom obvezniku leži rizik neutvrđenosti činjenica katalogiziranih *supra*, suštinski usmjerenih na opovrgavanje postojanja nerazmjera, poput činjeničnog navoda o većem početnom stanju imovine. Tako je u praksi VUS istaknuto sljedeće: „Kada se analitičkom obradom podataka kakvima raspolaže porezno tijelo utvrdi postojanje višestrukog nerazmjera primitaka i izdataka tada se radi o okolnosti kakvu predviđa članak 82. stavak 4. OPZ koji izričito propisuje dužnost fizičke osobe dostaviti vjerodostojne dokaze o izvorima stjecanja imovine. Stoga teret dokazivanja činjenica što su poreznom tijelu nepoznate (npr. obiteljska ušteđevina, pozajmice, krediti i sl.) je na poreznom obvezniku. Tako se osnovano utvrđuje da tužiteljica, na kojoj je bio teret dokaza (dostava podataka koji utječu na ukupne primitke i izdatke u nadziranim godinama), nije dostavila vjerodostojne dokaze (podatke) o pozajmicama kao izvorima prihoda.“⁶⁷

Stoga se može govoriti da je za praktičnu primjenu instituta nerazmjera tipično „prebacivanje“ tereta dokazivanja s poreznog tijela na poreznog obveznika.⁶⁸ Ipak, preciznije je primijetiti da je, kao i kod drugih slučajeva procjene porezne osnove, zapravo riječ o redukciji mjere dokazivanja (ili standarda dokazivanja): Porezno tijelo ne mora utvrditi činjenicu ostvarenja dohotka sa sigurnošću,

⁶⁵ A. Uzelac, op. cit., 98.

⁶⁶ OPZ/16, čl. 6, st. 2.

⁶⁷ Odluka Visokog upravnog suda, Usž-544/18-3 od 13. ožujka 2019.

⁶⁸ Takvo shvaćanje izraženo je i u inozemnoj doktrini, v. Borje Leidhammar, „General Report“, *The Burden of Proof in Tax Law* (ed. Gerard Meussen), IBFD, Amsterdam, 2013, 21.

što je opća dokazna mjera, već na razini vjerojatnosti, što slijedi iz utvrđenja činjenice postojanja nerazmjera.⁶⁹

Ovdje se nužno javlja pitanje vodi li takvo normativno rješenje kršenju prava na pravično suđenje poreznih obveznika. Pri tome valja naglasiti da se, prema ustaljenoj praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, jamstva pravičnog suđenja propisana čl. 29. Ustava RH primjenjuju i na upravni postupak, uključujući i porezni postupak. Nadalje, kako je naglašeno *supra*, kaznenopravna narav instituta nerazmjera (nakon stupanja na snagu ZPD/16) upućuje i na potrebu poštivanja jamstava prava na pravično suđenje sadržanih u čl. 6. Konvencije. U tom smislu, judikatura ESLJP navodi na zaključak da redukcija standarda dokazivanja u predmetnim postupcima sama po sebi ne predstavlja povredu konvencijskih jamstava pravičnog suđenja. Kako je istaknuto u predmetu *Janosevic protiv Švedske*, u nacionalnom zakonodavstvu se utvrđenje dodatne (kaznene) porezne obveze može zasnivati isključivo na postojanju određene objektivne činjenice, pod uvjetom da je odabrano normativno rješenje ograničeno razumnim okvirima, nije arbitrarno te služi legitimnim ciljevima (npr. zaštita javnih prihoda).⁷⁰ Pri tome je nužno da se poreznom obvezniku omogući učinkovita zaštita prava na obranu, poput prava predlaganja dokaza usmjerenih na opovrgavanje činjeničnih navoda sadržanih u pobijanim upravnim aktima.⁷¹

U tom smislu, upravnosudsku praksu u pogledu pravila o nerazmjeru valja podvesti analizi s aspekta procesne ravnopravnosti stranaka i jednakosti oružja (engl. *equality of arms*), koji komparativnopravno gledano imaju sve važnije mjesto u sferi poreznog postupka.⁷² Općenito, pravo na procesnu ravnopravnost ili pravo na jednakost oružja, kao jedan od konstitutivnih elemenata prava na pravično suđenje, podrazumijeva da niti jedna od stranaka u postupku ne smije imati važniju prednost u odnosu prema svom protivniku, time da svaka stranka mora imati razumnu mogućnost da iznese svoj slučaj, uključujući i svoje dokaze, pod uvjetima koji je ne stavlja u bitno nepovoljniji položaj prema protivnoj strani.⁷³ U ustavnosudskoj praksi je pojašnjeno kako čl. 29. Ustava RH ne jamči stranci pravo da se

⁶⁹ Usp. stav njemačke doktrine o institutu procjene porezne osnovice: U. Koenig, op. cit., § 162, para. 1.

⁷⁰ *Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, ECHR 2002-VII, od 23.07.2002.

⁷¹ *Ibidem*, para. 102.

⁷² Pasquale Pistone, „General Report“, *Tax Procedures* (ed. Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2020, 13.

⁷³ Odluka Županijskog suda u Varaždinu, br. Gž Ovr 761/2021-2, 3.1.2022. Usp., u kontekstu relevantne prakse ESLJP: Dejan Bodul, Sanja Grbić, „Doprinos raspravi o načelu jednakosti procesnih sredstava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 38, br. 1, Rijeka, 2017, 340.

sasluša određeni svjedok ili izvede neki dokaz. Ipak, svako odbijanje dokaznog prijedloga stranke mora biti u skladu sa zahtjevima pravičnog suđenja, uključujući i s načelom jednakosti oružja stranaka, koje pretpostavlja pravičnu ravnotežu među strankama u postupku i razumnu mogućnost stranaka izložiti svoje argumente pod uvjetima koji ju ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na protivnu stranu.⁷⁴ Promatrano iz ovog ugla, posebno je problematična sudska praksa gdje se u upravnim sporovima pokrenutima povodom utvrđenog nerazmjera odbijaju dokazni prijedlozi poreznog obveznika, usmjereni dokazivanju relevantnih činjenica visine početnog stanja imovine, ostvarenja neoporezivih primitaka i dr. To je posebno izraženo u slučajevima kod kojih porezni obveznik tvrdi da je na početku promatranog razdoblja raspolagao gotovinom u većem iznosu, ili je ostvario neoporezive primitke po osnovi pozajmica i darovanja, u prilog kojih tvrdnji predlaže izvođenje dokaza saslušanjem svjedoka.⁷⁵ U jednoj od rijetkih anulacijskih presuda VUS kao drugostupanjskog suda utvrđeno je kako to može dovesti do povrede postupovnih prava poreznog obveznika te se protivi načelu slobodne ocjene dokaza, koje se proteže i na upravnosudski postupak: „ (...) prvostupanjski sud se u obrazloženju svoje odluke poziva na to da tužitelj nije dokazao da posjeduje vjerodostojnu dokumentaciju kojom bi dokazao izvore novčanih sredstava za predmetne pozajmice u spornom razdoblju, a da je pri tome odbio izvesti i jedan dokaz na koji je tužitelj upućivao u navodima svoje tužbe. Pri tome je sud zanemario provjeriti da li je porezno tijelo pravilno i potpuno utvrdilo sve odlučujuće činjenice koje imaju utjecaja na donošenje zakonitog i pravilnog rješenja, pa tako i činjenica koje idu u prilog poreznom obvezniku. Također se napominje da se sud nije izjasnio o prijedlozima tužitelja za izvođenjem dokaza na adekvatan i argumentiran način odnosno nije iznio razloge zbog kojih nije izveo niti jedan od predloženih dokaza na koje je upućivao tužitelj. Polazeći od toga da slobodna ocjena dokaza i utvrđivanje činjenica nije samo pravo već je i obveza upravnih sudova, ovaj Sud smatra da je donošenjem odluke na način kako je to učinio prvostupanjski sud povrijeđen zakon na štetu tužitelja.“⁷⁶ Valja primijetiti da s aspekta jednakosti oružja u smislu čl. 29. Ustava RH i čl. 6. Konvencije postupovna odluka Suda kojom se odbija dokazni prijedlog poreznog obveznika usmjeren dokazivanju činjenice za koju on snosi teret dokazivanja mora u najmanju ruku biti razumno obrazložen. Na tom tragu je i USRH istaknuo kako: „ (...) nije na Ustavnom sudu ocjenjivati koje odlučne činjenice redovni sudovi trebaju utvrđivati niti koje dokazne prijedloge stranaka moraju prihvaćati ili odbijati. Međutim, Ustavni sud napominje da je obveza sudova da,

⁷⁴ Odluka USRH, U-III-4336/2017 od 26. lipnja 2019. godine, t. 33-34.

⁷⁵ Presuda Upravnog suda u Rijeci, br. 5 UsI-75/14-11, od 25.3.2016.

⁷⁶ Presuda VUS, Usž 2641/2016-2, od 10.11.2016.

u cilju osiguranja pravičnog suđenja o pravima i obvezama stranaka, u postupku svakoj stranci omogućuje da iznose dokaze kojima bi potkrijepile odnosno utvrdile svoje navode, a pogotovo one od kojih ovisi meritorno rješavanje spora.⁷⁷ Stoga bi ispravniji bio put u kojem se dopušta izvođenje dokaza i saslušanjem svjedoka i stranke (npr. o pozajmici ili daru između fizičkih osoba), nakon čega sud utvrđuje da porezni obveznik nije relevantnu činjenicu dokazao s traženom dokaznom mjerom sigurnosti te, izravno primjenjujući materijalnopravno pravilo o teretu dokazivanja, istu činjeničnu tvrdnju odbacuje. Ovako predloženo rješenje lako je pomiriti s nalazima upravnih sudova kako je „neživotno i nelogično da bi navedeni vjerovnici, s kojima tužitelj očito nije ni u kakvom osobnom ili poslovnom odnosu, posudili značajne svote novca bez ikakvog sredstva osiguranja vraćanja istih“,⁷⁸ ili da „nije životno i logično da bi se promet značajnih sredstava (...) mogao u cijelosti odvijati bez ikakvog materijalnog traga novca u vidu primjerice dizanja sa štednog ili tekućeg računa tih osoba i polaganja na odgovarajući račun tužitelja niti dokaza da su navodni pozajmitelji darovatelji tih iznosa po svojim prijavljenim prihodima, a prema podacima prijavljenim poreznom tijelu, mogli zakonito priskrbiti takve novčane iznose.“⁷⁹

Nastavno na prethodno navedenoj kritici valja podvesti i praksu učestalog pozivanja upravnih sudova na tzv. načelo dokumentarnosti, odnosno na tumačenje presumpcije o valjanosti podataka u knjigovodstvu i evidencijama poreznog obveznika⁸⁰ kao zahtjeva da se u poreznom postupku činjenice, uključujući i postojanje izvora imovine, dokazuju gotovo isključivo vjerodostojnom dokumentacijom. Takav je stav, naime, nemoguće pomiriti s načelom slobodne ocjene dokaza⁸¹ kao jednog od temeljnih načela upravnog postupka. U svakom slučaju, s aspekta načela jednakosti oružja prijepornim se čini tumačenje upravnih sudova da je za dokazivanje izvora imovine u svakom slučaju potrebno imati vjerodostojnu dokumentaciju (npr. bankovni izvod kojim se dokazuje tijek novca).⁸² Slijedeći istu argumentacijsku liniju, odredba čl. 89, st. 9. ZPD/16 o potrebi dokazivanja izvora imovine vjerodostojnim ispravama čini se posebno suspektna u smislu čl. 29. Ustava RH i čl. 6. Konvencije. Njezina dosljedna primjena u praksi značila bi uvođenje formalne dokazne maksime „na mala vrata“ u postupcima utvrđivanja nerazmjera

⁷⁷ Odluka USRH, U-III-1631/2015 od 13.5.2015.

⁷⁸ Presuda VUS, Usž-1356/18-2 od 17.10.2019.

⁷⁹ Presuda VUS, Usž-3486/18-2 od 3.6.2020.

⁸⁰ OPZ/16, čl. 89.

⁸¹ ZUP, čl. 6, st. 2.

⁸² Presuda Upravnog suda u Zagrebu, UsI 2455/2016-13 od 16.5.2018.

te značajno ograničenje dokazne aktivnosti poreznog obveznika u odnosu na činjenice za koje snosi rizik neutvrđenosti. Time bi se nedvojbeno ugrozila pravičnost cjelokupnog postupka.

ZAKLJUČAK

Republika Hrvatska pripada onom krugu država koje su, primarno s ciljem operacionalizacije postulata o oporezivanju protupravno stečenih primitaka,⁸³ detaljno normativno uredile postupak sučeljavanja stečene imovine i potrošnje poreznog obveznika, s jedne strane, te dokazanih izvora imovine, s druge. U ovom radu analizirana su važeća rješenja hrvatskog poreznog prava u pogledu oporezivanja tzv. nerazmjera. Posebno je ukazano da pravila o nerazmjeru, posebno nakon donošenja ZPD/16, imaju kaznenopravnu prirodu u smislu *Engel* kriterija ESLJP, čime se poseban naglasak u njihovoj praktičnoj provedbi mora staviti na zaštitu postupovnih prava poreznih obveznika. U tom su pogledu prikazani i neki prijepori koji izviru bogate upravne i sudske prakse, osobito u pogledu dokazivanja relevantnih činjenica i raspodjele tereta dokazivanja između poreznih tijela i poreznog obveznika. Istaknuto je kako se i važeća normativna rješenja (posebno odredba čl. 89, st. 9. ZPD/16) i upravnosudska praksa moraju podvesti kritici s aspekta načela jednakosti oružja, kao jednog od konstitutivnih elemenata prava na pravično suđenje.

Dr. STJEPAN GADŽO
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Rijeka

TAXATION OF THE DISPROPORTION BETWEEN ASSETS AND REPORTED UNDER CROATIAN PERSONAL INCOME TAX: NORMATIVE FRAMEWORK AND THE ISSUE OF BURDEN OF PROOF

Summary

Croatian tax law framework since 2003 employs rules related to taxpayer's net worth accretion attributed to derivation of illegal or unreported income. This paper analyses rules found in General Tax Act and Personal Income Tax Act that are relevant for taxation of the so-called disproportion or gap (*nerazmjer*) between the previously taxed income of the taxpayer and his newly acquired assets and spending. It is argued in the paper that since 2016 relevant domestic rules have criminal nature in light of the case-law of the European Court of Human Rights, which puts particular emphasis

⁸³ OPZ/16, čl. 11, st. 2.

on taxpayers' procedural rights. Against this backdrop, it is argued that administrative and judicial practice regarding taxation of disproportion fails to attain the standard of equality of arms, which forms part of the fair trial guarantees.

Key words: personal income tax, sources of wealth, disproportion, burden of proof, equality of arms

Literatura

- Alink M., V. van Kommer, *Handbook on Tax Administration*, IBFD, Amsterdam, 2016.
- Arbutina H., „Porez na dohodak“, *Javnofinancijski sustav Republike Hrvatske* (ur. Hrvoje Arbutina i dr.), Narodne novine, Zagreb, 2022.
- Bittker B., „Taxing Income From Unlawful Activities“, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 25, br. 1, 1974.
- Bodul D., S. Grbić, „Doprinos raspravi o načelu jednakosti procesnih sredstava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 38, br. 1, Rijeka, 2017.
- Borković I., *Upravno pravo*, Informator, Zagreb, 1997.
- Bourgeois, M., „Constitutional framework of the different types of income“, *The Concept of Tax* (ed. Bruno Peeters), IBFD, Amsterdam, 2005.
- Burns L., R. Krever, „Individual Income Tax“, *Tax Law Design and Drafting: Volume 2* (ed. Victor Thurony), International Monetary Fund, 1998.
- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*, 2022.
- Gadžo S., „Primjena i tumačenje poreznog prava: teorijsko-normativne osnove“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 70, br. 2-3, Zagreb, 2020.
- Jelčić B., P. Bejaković, *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2012.
- Koenig U., *Abgabenordnung*, C.H. Beck, 2021.
- Kutleša B., „Nerazmjer – utvrđivanje drugog dohotka po osnovi razlike vrijednosti nabavljene imovine i ostalih izdataka u odnosu na zakonito stečene primitke“, *Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi* (ur. Ante Galić), Organizator, Zagreb, 2020.
- Leidhammar B., „General Report“, *The Burden of Proof in Tax Law* (ed. Gerard Meussen), IBFD, Amsterdam, 2013.
- Lončarić-Horvat O., „Oporezivanje u skladu s načelima pravne države“, *Financijsko pravo i financijska znanost* (ur. Božidar Jelčić i dr.), Narodne novine, Zagreb, 2008.
- Lonza P., „Postupak oporezivanja nerazmjera primitaka i izdataka fizičkih osoba i njegova uloga u istragama kaznenih djela“, *Porezni vjesnik*, br. 12, 2018.
- Martinović I., „Načelo *ne bis in idem* nakon presude A. i B. protiv Norveške: mogućnost kaznenog progona za djelo o kojem je već odlučeno u prekršajnom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 26, br. 2, 2019.

- Novoselec P., I. Martinović, *Komentar Kaznenog zakona – I. knjiga: Opći dio*, Narodne novine, Zagreb, 2019.
- Pistone P., „General Report“, *Tax Procedures* (ed. Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2020.
- Podlipnik J., „The legal nature of the Slovenian special tax on undeclared income“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 2018.
- Rajko A., *Primjena pravila o teretu dokazivanja u upravnom postupku i upravnom sporu*, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2019B1239>, 2019.
- Ritz C., B. Koran, *Bundesabgabenordnung: Kommentar*, Linde, Wien, 2021.
- Uzelac A., *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

CVJETANA CVJETKOVIĆ IVETIĆ

RAZVRSTAVANJE NEPOKRETNOSTI ZA POTREBE UTVRĐIVANJA OSNOVICE POREZA NA IMOVINU U REPUBLICI SRBIJI

Namera srpskog zakonodavca da oporezivanju podvrgne sve kategorije nepokretnosti i da na taj način doprinese ostvarivanju principa pravičnosti i izdašnosti vidi se i kroz evoluciju odredaba koje se odnose na kategorizaciju nepokretnosti. Predmet analize ovog rada su upravo odredbe Zakona o porezima na imovinu posvećene razvrstavanju nepokretnosti za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, kao i način njihovog sprovođenja od strane 142 jedinice lokalne samouprave u Srbiji. Istraživanje je pokazalo da postoji određeni prostor za unapređenje zakonskih rešenja, kao i da pojedine jedinice lokalne samouprave nisu poštovale odredbe Zakona o porezima na imovinu koje se odnose na razvrstavanje nepokretnosti.

Ključne reči: porez na imovinu, razvrstavanje nepokretnosti, razvrstavanje zemljišta i objekata

U V O D

U savremenim poreskim sistemima porez na imovinu je nesumnjivo najvažniji lokalni porez. Zbog nemobilnosti poreske osnovice, nesporne primene

Dr Cvjetana Cvjetković Ivetić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, e-mail: ccvjetkovic@pf.uns.ac.rs.

teritorijalnog principa, kao i zbog udovoljavanja principu sposobnosti plaćanja, finansijski teoretičari smatraju da je to dobar izbor.¹

Kako bi obuhvat poreza na imovinu bio što širi, tj. kako bi se u što je moguće većoj meri ostvarili principi pravičnosti i izdašnosti, pitanju razvrstavanja nepokretnosti za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu mora se pokloniti velika pažnja. Toga je bio svestan i srpski zakonodavac, pa je, uprkos nepopularnosti takvih mera,² postepeno usavršavao norme Zakona o porezima na imovinu (u daljem tekstu: ZPI)³ koje se odnose na razvrstavanje nepokretnosti.

Cilj ovog rada jeste da se kritički analiziraju odredbe ZPI posvećene razvrstavanju nepokretnosti u odgovarajuće grupe za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu. Takođe, cilj je i da se utvrdi na koji način jedinice lokalne samouprave sprovode odredbe ZPI posvećene razvrstavanju nepokretnosti, tj. da se utvrdi da li se one povodom ovog pitanja pridržavaju zakonskih okvira. U tom kontekstu analizirani su podzakonski akti, i to, prvenstveno, akti nadležnih organa jedinica lokalne samouprave o utvrđivanju prosečnih cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti po zonama⁴ koji su doneti za potrebe utvrđivanje poreza na imovinu za 2022. godinu, i to u ukupno 142 jedinice lokalne samouprave.⁵

¹ V. Dele Olowu, „Property Taxation and Democratic Decentralization in Developing Countries“, Paper for Seminar on „Taxation Perspectives: A Democratic Approach to Public Finance in Developing Countries“, Institute of Developing Studies, Sussex, October 28–29, 2002, 14.

² Porez na imovinu se, prvenstveno, zbog svoje vidljivosti u teoriji kvalifikuje i kao porez kojeg svi vole da mrže. V. Jay Rosengard, *The Tax Everyone Loves to Hate: Principles of Property Tax Reform*, Mossavar Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Cambridge, Massachusetts 2012, 1–19.

³ Zakon o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, *Službeni list SR*, br. 42/02 – odluka SUS, *Službeni glasnik RS*, br. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – odluka US, 47/13, 68/14, 95/18, 99/18 – odluka US, 86/19, 144/20, 118/21.

⁴ Pošto je u Pirotu, za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu za 2022. godinu, pored akta o utvrđivanju prosečne cene kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti po zonama, donet još jedan akt koji se odnosi na razvrstavanje nepokretnosti (akt o razvrstavanju neizgrađenog građevinskog zemljišta koje se koristi isključivo za gajenje biljaka, sadnog materijala, odnosno šuma u poljoprivredno, odnosno šumsko zemljište), za potrebe ovog rada, analizirana su 143 podzakonska akta doneta od strane 142 jedinice lokalne samouprave.

⁵ Od ukupno 150 opština i 28 gradova u Republici Srbiji, u analizu nisu uključene opštine i gradovi na teritoriji AP Kosovo i Metohija. Pošto opštine Medveđa i Trgovište nisu donele akt o utvrđivanju prosečnih cena nepokretnosti po zonama za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu za 2022. godinu, ni one nisu uključene u analizu, kao ni opština Kovačica, i to zbog nedostupnosti akta o prosečnoj ceni kvadratnog metra na zvaničnoj internet strani ove opštine. V. Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 129/07, 18/16, 47/18, 9/20.

RAZVRSTAVANJE NEPOKRETNOSTI ZA SVRHU POREZA NA IMOVINU U SRPSKOM PORESKOM PRAVU

ZPI,⁶ za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, nepokretnosti razvrstava u sledeće grupe:⁷ građevinsko zemljište, poljoprivredno zemljište, šumsko zemljište, drugo zemljište,⁸ stan, kuća za stanovanje, poslovne zgrade i drugi (nadzemni i podzemni) građevinski objekti koji služe za obavljanje delatnosti, garaže i pomoćni objekti.

Vrste zemljišta za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu

Građevinsko zemljište je zemljište koje je određeno zakonom ili planskim dokumentom za izgradnju i korišćenje objekata, kao i zemljište na kojem su izgrađeni objekti u skladu sa zakonom.⁹ Ako zemljište ispunjava navedene uslove, ono će se i za svrhu poreza na imovinu smatrati građevinskim, nezavisno od toga što se koristi u druge svrhe do privođenja planiranoj nameni (npr. za poljoprivredu),¹⁰ to što organ nadležan za poslove katastra nije sproveo promenu u javnoj knjizi o evidenciji

⁶ U uporednom pravu različito se pristupa razvrstavanju nepokretnosti. Ipak, može se uočiti da je uloga centralne vlasti ključna u regulisanju ovog pitanja, s tim da se sreću i rešenja (npr. u Albaniji) da lokalne vlasti mogu da odrede podvrste u okviru određene vrste nepokretnosti. V. Erjona Canaj, Irena Lavdari, „Immovable Property Tax System in the Republic of Albania“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 596–597.

⁷ Čl. 6a, st. 1 ZPI.

⁸ Neke zemlje, pored ovih standardnih, uvele su i druge vrste zemljišta, kao što su industrijsko (npr. Slovenija, Republika Srpska), ili, pak, vodno (npr. Rumunija). Što se tiče objekata, oni se u uporednom pravu uglavnom dele na rezidencijalne i nerezidencijalne, s tim da se u okviru ove osnovne podele sprovodi dalja diferencijacija. Tako, u Republici Srpskoj i Severnoj Makedoniji nerezidencijalni objekti se dalje dele na poslovne i industrijske. V. čl. 2 „Закон за даноците на имот“, *Службени Весник на Република Македонија*, br. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11, 84/12, 188/13, 154/15, 192/15, 23/16; čl. 4. st. 3 Zakona o porezu na nepokretnosti, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 91/15; Neva Žibrik, Tina Humur, „Real Property Taxation in Emerging Economy of the Republic of Slovenia“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 335; Cosmin Flavius Costas, „Real Estate Taxation in Romania“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 275.

⁹ Čl. 82 Zakona o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19, 9/20, 52/21.

¹⁰ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-00115/2015-04 od 6. 1. 2016. godine.

nepokretnosti i prava,¹¹ odnosno nezavisno od toga što je prema podacima iz katastra nepokretnosti reč o zemljištu koje se nalazi u građevinskom području, ali je kao njegova vrsta upisana njiva određene klase, voćnjak ili šumsko zemljište.¹²

Šumsko zemljište je zemljište na kome se gaji šuma,¹³ zemljište na kome je zbog njegovih prirodnih osobina racionalnije gajiti šume, kao i zemljište na kome se nalaze objekti namenjeni gazdovanju šumama, divljači i ostvarivanju opštekorisnih funkcija šuma i koje se ne može koristiti u druge svrhe, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim Zakonom o šumama.¹⁴ Shodno navedenom, šumskim zemljištem se ne može smatrati zemljište manje od pet ari na kojem se nalaze odvojene grupe šumskog drveća, parkovi, vegetacije vlažnih livada i močvara, kao ni drveće ispod dalekovoda i u koridoru izgrađenog dalekovoda, bez obzira na površine. Što se tiče goleti, one se samo izuzetno¹⁵ mogu smatrati šumskim zemljištem.

Poljoprivredno zemljište je zemljište koje se koristi za poljoprivrednu proizvodnju (njive, vrtnjaci, voćnjaci, vinogradi, livade, pašnjaci, ribnjaci, trstici i močvare) i zemljište koje se može privesti nameni za poljoprivrednu proizvodnju.¹⁶

U pogledu razvrstavanja zemljišta na građevinsko, poljoprivredno i šumsko, najveći broj jedinica lokalne samouprave je poštovao ZPI. Ipak, dve su svrstale poljoprivredno i šumsko zemljište u istu grupu,¹⁷ odnosno u dve jedinice lokalne samouprave prosečna cena kvadratnog metra poljoprivrednog, odnosno šumskog zemljišta nije utvrđena jedinstveno po zonama, već je u njima sprovedena njihova dalja diferencijacija u zavisnosti od klase zemljišta.¹⁸

Imajući u vidu da je drugo zemljište zemljište koje nije građevinsko, poljoprivredno i šumsko,¹⁹ pod ovu kategoriju bi se mogle podvesti različite neplodne

¹¹ Ako je stupio na snagu planski dokument ili zakon kojim je promenjena namena zemljišta u građevinsko. V. čl. 83, st. 2. Zakona o planiranju i izgradnji.

¹² Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00088/2014-04 od 4. 4. 2014. godine.

¹³ Šume su prostor obrastao šumskim drvećem, minimalne površine pet ari, sa minimalnom pokrivenošću zemljišta krunama drveća od 30%. V. čl. 5, st. 1 Zakona o šumama.

¹⁴ V. čl. 5, st. 5 Zakona o šumama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/10, 93/12, 89/15, 95/18.

¹⁵ V. Mišljenje Ministarstva finansija, br.011-00-01112/201504 od 30. 10. 2015. godine

¹⁶ V. čl. 2, st. 1, tač. 1 Zakona o poljoprivrednom zemljištu, *Službeni glasnik RS*, br. 62/06, 65/08, 41/09, 112715, 80/17, 95/18.

¹⁷ Reč je o opštinama Požarevac i Novi Bečej.

¹⁸ U Subotici se cena poljoprivrednog zemljišta, iskazana po zonama, umanjuje za 50%, i to za poljoprivredno zemljište kvaliteta četvrte do osme klase, a u Žitištu je prosečna cena poljoprivrednog i šumskog zemljišta u okviru date zone utvrđena na osnovu klasa, tj. njihovog kvaliteta.

¹⁹ Čl. 6, st. 7 ZPI.

površine (npr. krš, jaruga, klizište), kao i zemljišta posebne namene (npr. botanička bašta, deponija smeća).²⁰ Sve do izmena i dopuna ZPI iz 2018. godine, čl. 6a ZPI nije spominjao drugo zemljište.²¹ Pretpostavljamo da se radilo o tehničkom propustu, mada ne možemo isključiti ni to da je, zbog teškoća oko utvrđivanja njegove prosečne cene, srpski zakonodavac namerno izostavio ovu vrstu zemljišta.²²

Zbog neučestalog prometa drugog zemljišta, srpski zakonodavac je bio svestan da jedinice lokalne samouprave uglavnom neće biti u posedu podataka o njegovoj prosečnoj ceni, pa je propisao da će se u takvim situacijama osnovica drugog zemljišta (osim eksploatacionih polja)²³ utvrditi tako što će se prosečna cena poljoprivrednog zemljišta u toj zoni umanjiti za 40%.²⁴

Među jedinicama lokalne samouprave koje su uključile drugo zemljište u kategorizaciju,²⁵ i koje su utvrdile njegovu prosečnu cenu po kvadratnom metru u apsolutnom iznosu razlikuju se tri grupe. U prvu grupu spadaju one jedinice lokalne samouprave koje su do njegove prosečne cene došle na osnovu cene poljoprivrednog zemljišta. Od 142 jedinice lokalne samouprave, tako je postupljeno u njih 40,²⁶ s tim da se, čak, u njih devet²⁷ ne navodi da se do tog iznosa došlo primenom

²⁰ V. čl. 9, st. 2, čl. 24–25 Pravilnika o katastarskom klasiranju i bonitiranju zemljišta, *Službeni glasnik RS*, br. 63/14.

²¹ Međutim, ono je bilo navedeno kao vrsta zemljišta u čl. 2 ZPI posvećenom pojmu nepokretnosti.

²² Iako su time jedinice lokalne samouprave bivale „poštedene“ posla pronalaska podataka o prometu drugog zemljišta, to je istovremeno rezultiralo njegovim neoporezivanjem (osim ako ga nisu razvrstale u neku od postojećih grupa zemljišta, prema sličnosti). V. Cvjetana Cvjetković, „Porez na imovinu u statici“, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015, 160.

²³ O pojmu eksploatacionih polja: čl. 2, st. 1, tač. 41 Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima, *Službeni glasnik RS*, br. 101/15, 95/18, 40/21.

²⁴ Čl. 6, st. 8–9 ZPI.

²⁵ Postoje i one jedinice lokalne samouprave koje ovo zemljište nisu uključile u kategorizaciju nepokretnosti, s tim da se i među njima razlikuju one koje se pozivaju na čl. 6, st. 9 ZPI, tj. koje u relevantnom aktu sadrže pravilo o tome kako će se utvrditi njegova prosečna cena i one koje ne sadrže takvo pravilo.

²⁶ Alibunar, Arilje, Babušnica, Bačka Topola, Bajina Bašta, Bečej, Beočin, Boljevac, Čuprija, Gadžin Han, Osečina, Kovin, Kučevo, Gornji Milanovac, Čačak, Piroć, Šabac, Sombor, Zaječar, Irig, Krupanj, Lajkovac, Lapovo, Ljig, Lučani, Malo Crnić, Mionica, Negotin, Nova Varoš, Petrovac na Mlavi, Ub, Tutin, Topola, Smederevska Palanka, Rekovac (u odluci ove opštine utvrđena je cena „ostalog“ zemljišta), Leskovac, Kraljevo, Kruševac, Novi Pazar i Niš.

²⁷ Alibunar, Arilje, Babušnica, Bačka Topola, Bajina Bašta, Rekovac, Bečej, Topola i Smederevska Palanka.

čl. 6, st. 9–10 ZPI.²⁸ U drugu grupu spadaju one jedinice lokalne samouprave, i to ukupno njih 17,²⁹ u kojima je cena drugog zemljišta određena autonomno, a u treću one jedinice lokalne samouprave, i to njih četiri,³⁰ za koje je svojstven mešoviti pristup.³¹ Važno je spomenuti i da je, od 142 jedinice lokalne samouprave, jedna uvela dve podvrste drugog zemljišta (ostalo zemljište u građevinskom području i ostalo neplodno zemljište).³²

Izmenama i dopunama ZPI iz 2018. godine predviđeno je da jedinice lokalne samouprave mogu odlukom propisati da se neizgrađeno građevinsko zemljište na njenoj teritoriji, koje se koristi isključivo za gajenje biljaka, odnosno sadnog materijala, odnosno šuma,³³ za svrhu oporezivanja imovine, razvrsta u poljoprivredno, odnosno šumsko zemljište. Ukoliko se takva odluka ne donese, neizgrađeno

²⁸ U ovoj grupi nalaze se i tri jedinice lokalne samouprave (Kraljevo, Kruševac i Novi Pazar) u kojima je cena drugog zemljišta utvrđena samo u onim zonama u kojima je utvrđena i prosečna cena poljoprivrednog zemljišta, što nas je navelo na zaključak da se do nje došlo primenom čl. 6, st. 9 ZPI. Međutim, računicom se došlo do toga da tako utvrđena prosečna cena drugog zemljišta ne predstavlja 60% cene poljoprivrednog zemljišta, već da se radi o veoma bliskim vrednostima. Primera radi, u Kraljevu u trećoj zoni prosečna cena drugog zemljišta je 138,44 dinara, a da se prosečna cena kvadratnog metra poljoprivrednog zemljišta umanjila za 40% došlo bi se do iznosa od 138,04 dinara. U četvrtoj zoni prosečna cena drugog zemljišta je 57,63 dinara, a da se prosečna cena kvadratnog metra poljoprivrednog zemljišta umanjila za 40% došlo bi se do iznosa od 57,67 dinara, itd.

²⁹ Reč je o sledećim jedinicama lokalne samouprave: Apatin, Bač, Bačka Palanka, Blace, Bogatić, Bosilegrad, Čoka, Crna Trava, Prokuplje, Kuršumljia, Plandište, Priboj, Ražanj, Ruma, Vladimirci, Varvarin i Nova Crnja. Međutim, u nekima od njih postoje izvesne specifičnosti. Tako, u Bosilegradu prosečna cena kvadratnog metra drugog zemljišta je ista kao i prosečna cena poljoprivrednog, a u Čoki i Plandištu kao prosečna cena poljoprivrednog i šumskog zemljišta. U Novoj Crnji iz kategorizacije nepokretnosti je isključeno šumsko zemljište, što rađa sumnju da se u ovoj opštini pod drugo zemljište podvodi ne samo drugo zemljište u užem smislu, nego i šumsko zemljište.

³⁰ Reč je o Ivanjici, Velikom Gradištu, Brusu i Loznici. U ovom kontekstu važno je istaći da je Loznica primer jedinice lokalne samouprave u kojoj je na transparentan način prikazano kako se došlo do prosečne cene kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti (npr. u kontekstu drugog zemljišta, jasno se vidi da li je njegova prosečna cena utvrđena na osnovu podataka o prometu u toj zoni, u graničnim zonama ili, pak, na osnovu cene poljoprivrednog zemljišta).

³¹ To znači da se u nekim zonama do prosečne cene drugog zemljišta došlo autonomno, a u nekim na osnovu cene poljoprivrednog zemljišta.

³² Reč je o opštini Bela Palanka. Važno je napomenuti da je u njoj prosečna cena drugog zemljišta – ostalog zemljišta u građevinskom području ista kao i prosečna cena građevinskog zemljišta, a prosečna cena drugog zemljišta – ostalog neplodnog zemljišta ista kao i cena poljoprivrednog zemljišta.

³³ Vid. čl. 6a, st. 6 ZPI.

građevinsko zemljište će se tretirati kao građevinsko, pa, čak, i da se koristi za gajenje biljaka, sadnog materijala, odnosno šuma.³⁴ Za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu za 2022. godinu, od 142 jedinice lokalne samouprave, ovu mogućnost je iskoristilo njih 36,³⁵ s tim da su u nekima od njih prisutne izvesne specifičnosti. Tako, u pojedinim jedinicama lokalne samouprave postoji samo mogućnost rekatégorizacije neizgrađenog građevinskog zemljišta u poljoprivredno,³⁶ odnosno u nekima od njih je predviđeno da se samo neizgrađeno građevinsko zemljište koje se nalazi u određenim (perifernim) zonama može tretirati kao poljoprivredno, odnosno šumsko.³⁷

Kao što je ranije istaknuto, samo jedna³⁸ od 142 jedinice lokalne samouprave donela je posebnu odluku o razvrstavanju neizgrađenog građevinskog zemljišta kao poljoprivrednog, odnosno šumskog, dok su ostale ovo pitanje uredile aktom o prosečnim cenama, i to tako što je najveći broj njih „prepisao“ čl. 6a, st. 4 ZPI. Izuzetak u tom pogledu je jedna opština³⁹ u kojoj je utvrđena prosečna cena neizgrađenog građevinskog zemljišta koje služi za gajenje biljaka (namena poljoprivredno), bez pozivanja čl. 6a, st. 4 ZPI. Štaviše, jedna opština je otišla korak dalje,⁴⁰ jer je samo u obrazloženju o utvrđivanju prosečne cene kvadratnog metra navedeno da je cena građevinskog zemljišta u poslednje dve zone utvrđena na nivou cena za poljoprivredno zemljište, pošto je na osnovu podataka iz katastra utvrđeno da se ne radi o građevinskom zemljištu, već o zemljištu koje se koristi i čija je namena poljoprivredna delatnost (njive, livade, voćnjaci i slično).

ZPI je propisao da obveznici koji ne vode poslovne knjige, do 31. januara 2019. godine (odnosno 31. januara poreske godine), treba da podnesu poreske prijave za nepokretnosti koje se razvrstavaju u drukčiju grupu u odnosu na grupu

³⁴ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00529/2019-04 od 1. 10. 2019. godine.

³⁵ To su sledeće jedinice lokalne samouprave: Aleksinac, Boljevac, Batočina, Bečej, Beočin, Čičevac, Čuprija, Gadžin Han, Beograd, Čačak, Loznica, Niš, Novi Pazar, Pirot, Sremska Mitrovica, Valjevo, Bor, Knić, Kovin, Krupanj, Kučevo, Mali Idoš, Požega, Rača, Ražanj, Ruma, Smederevska Palanka, Surdulica, Svrlijig, Tutin, Ub, Veliko Gradište, Vladimirci, Stara Pazova, Vrnjačka Banja i Šid.

³⁶ Ovakvo rešenje je predviđeno u Vrnjačkoj Banji i Šidu. Dakle, u njima ne postoji mogućnost da se neizgrađeno građevinsko zemljište koje se isključivo koristi za gajenje šuma tretira kao šumsko zemljište.

³⁷ U pitanju su Sremska Mitrovica i Ub.

³⁸ Reč je o Pirotu.

³⁹ U pitanju je Stara Pazova.

⁴⁰ U pitanju je Boljevac.

u koju su bile razvrstane za potrebe prethodne poreske godine.⁴¹ Tri od 142 jedinice lokalne samouprave su u relevantnim aktima donetim za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu za 2022. godinu „prepisale“ ovu odredbu.⁴² U jednoj se odstupilo od ZPI, jer je propisano da vlasnik treba da podnese pismenu izjavu pod materijalnom i krivičnom odgovornošću da zemljište koristi za poljoprivredne, odnosno šumske namene,⁴³ a u dve⁴⁴ da uz poresku prijavu obveznik treba da dokaže, tj. da priloži dokumentaciju kojom potvrđuje da na neizgrađenom građevinskom zemljištu gaji biljke, sadni materijal, odnosno šume.

U ovom kontekstu, postavlja se pitanje kako oporezovati zemljište koje predstavlja fizičku celinu koja se sastoji od različitih vrsta zemljišta. Pošto se porez na imovinu plaća samo na zemljište veće od 10 ari, ako fizičku celinu čini zemljište različite vrste (npr. zemljište je delom [7 ari] šumsko, delom poljoprivredno [5 ari]), poreska osnovica za to zemljište biće jednaka zbiru vrednosti svih vrsta zemljišta koje čine tu fizičku celinu.⁴⁵

Vrste objekata za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu

Sve do izmena i dopuna ZPI iz 2020. godine, čl. 6a ZPI je navodio „samo“ stanove, kuće za stanovanje, poslovne zgrade, garaže i garažna mesta, kao vrste objekata, tj. spomenuti član, za razliku od čl. 2, nije prepoznavao kategoriju „drugih zgrada, odnosno drugih građevinskih objekata“ pod koje bi se mogli podvesti, prvenstveno, različiti pomoćni objekti (objekti koji su u funkciji glavnih objekata). Zbog te praznine na raspolaganju su bile dve opcije: da se ne oporezuju ili, pak, da se tretiraju kao glavni objekti u čijoj su funkciji.⁴⁶

⁴¹ Ako podaci o tome ne sadrži prethodno podneta poreska prijava. V. čl. 33 (samostalni član) ZPI.

⁴² U Gadžinom Hanu propisano je da obveznik treba da dostavi „izmenjenu poresku prijavu“. Međutim, kako u opisanoj situaciji ne postoji nikakva greška ili propust, upotrebljeni termin je neadekvatan. Takođe, u Kniću rok za podnošenje poreske prijave nije 31. januar, već 31. mart poreske 2022. godine.

⁴³ Reč je o Malom Idošu. U ovom kontekstu treba istaći i da se u ulozi obveznika ne javlja samo vlasnik.

⁴⁴ U pitanju su Knić i Gadžin Han.

⁴⁵ Mišljenje Ministarstva finansija br. 413-00-00115/2015-04 od 6. 1. 2016. godine.

⁴⁶ Naime, osnov za njihovo kategorizovanje kao glavnih objekata nalazio se u svrsi i cilju ZPI, definiciji pomoćnih objekata i u čl. 6a, st. 3 ZPI, posvećenom određivanju namene objekata mešovitog karaktera. Iako izjednačavanje prosečne cene kvadratnog metra pomoćnog objekta sa prosečnom cenom glavnog objekta nije idealno rešenje sa aspekta pravičnosti, u uslovima postojanja

Dakle, izmene i dopune ZPI iz 2020. godine su u pogledu kategorizacije objekata donele značajne novine. Kao prvo, reči „garaže i garažna mesta“, zamenjene su rečima „garaže i pomoćni objekti“. To znači da je tek tada rešena dilema u pogledu razvrstavanja pomoćnih objekata, i to tako što su razvrstani u istu grupu kao i garaže. Naime, njihovo izdvajanje u posebnu grupu bilo bi problematično, jer se oni, po pravilu, ne nalaze u prometu samostalno, pa bi zbog toga bilo teško naći podatke o njihovoj prosečnoj ceni. Kao drugo, u zakonski tekst unete su definicije „stana“, „kuće za stanovanje“, „poslovnog objekta“, „garaža“ i „pomoćnog objekta“.

Stan predstavlja posebni deo objekta koji čini funkcionalnu celinu koja se sastoji od jedne ili više prostorija namenjenih za stanovanje i koji po pravilu ima zaseban ulaz, osim kad je (ceo ili u pretežnom delu) kategorisan za obavljanje delatnosti ili se u njemu (u celini ili pretežnom delu) obavlja registrovana delatnost.⁴⁷ Kuća za stanovanje je objekat namenjen za stanovanje ili za povremeni boravak (porodična kuća, vila, vikendica, planinska koliba, lovačka kuća i sl.), osim kad je (u celini ili u pretežnom delu), kategorisana za obavljanje delatnosti ili se u njoj (u celini ili pretežnom delu) obavlja registrovana delatnost.⁴⁸ Zahvaljujući ovoj definiciji otklonjena je dilema u pogledu razvrstavanja kuća za odmor (vikendica).

Važno je istaći da od 142 jedinice lokalne samouprave samo jedna nije pravilno sprovela kategorizaciju stambenih objekata, jer je u njoj prosečna cena kvadratnog metra stanova i kuća za stanovanje utvrđena na jedinstven način, tj. u njoj su oni svrstani u istu grupu.⁴⁹

Poslovni objekat je zgrada ili drugi (nadzemni i podzemni) građevinski objekat, odnosno posebni deo objekta (lokal, kancelarija i sl.), koji je namenjen za obavljanje delatnosti, uključujući i: stan, odnosno kuću za stanovanje, koji je (u celini ili u pretežnom delu) kategorisan za obavljanje delatnosti ili se u njemu (u celini ili pretežnom delu) obavlja registrovana delatnost i garažu koja se sastoji od

pravne praznine bilo je jedino moguće. Druga opcija je bilo njihovo neoporezivanje, što je, opet, nepravilno. V. C. Cvjetković, op. cit., 161.

⁴⁷ U vezi sa ovom kategorijom nepokretnosti, interesantno je spomenuti mišljenje Ministarstva finansija prema kojem se u grupu „stanovi“ razvrstavaju svi stanovi jednog obveznika koji čine posebne fizičke celine u okviru istog objekta (npr. kada se zgrada sastoji iz deset stanova kao posebnih fizičkih celina koje mogu biti samostalan predmet prometa, čiji je investitor i prvi vlasnik i objekta kao celine i svih posebnih fizičkih celina u okviru objekta jedno isto lice). V. čl. 6b, st. 1, tač. 4 ZPI; Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00050/2016-04 od 8. 2. 2016 godine.

⁴⁸ Čl. 6b, st. 1, tač. 5 ZPI.

⁴⁹ U opštini Rekovac na jedinstven način utvrđena je cena „stanova i stambenih zgrada“.

više garažnih mesta, odnosno garažnih boksova, sa zajedničkim delovima koji služe pristupu svakom garažnom mestu, odnosno garažnom boksu, namenjenom za obavljanje uslužne delatnosti parkirališta vozila, odnosno smeštaja vazduhoplova, odnosno plovila.⁵⁰ Primera radi, poslovnim objektom smatraće se i stanovi i apartmani koji su rešenjem nadležnog organa kategorizovani kao ugostiteljski objekti u kojima se pruža usluga smeštaja.⁵¹

Garaže su definisane kao objekat ili poseban deo objekta koji čini funkcionalnu celinu, odnosno garažni boks,⁵² odnosno garažno mesto,⁵³ namenjenu za parkiranje vozila, smeštaj vazduhoplova, odnosno plovila (osim kada se koristi za obavljanje uslužne delatnosti parkirališta vozila, odnosno smeštaja vazduhoplova, odnosno plovila).⁵⁴ Iz ove definicije proizlazi da će se objekti svrstati u grupu „garaže i pomoćni objekti“ samo ako se koriste za svrhu „sopstvenog“ parkiranja koje nije oblik obavljanja delatnosti,⁵⁵ odnosno da pod određenim uslovima i garaže mogu imati tretman poslovnih objekata.⁵⁶

⁵⁰ Čl. 6b, st. 1, tač. 6 ZPI.

⁵¹ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00423/2016-04 od 18. 10. 2016. godine.

⁵² Garažni boks, kao poseban deo garaže, čini prostorija namenjena za parkiranje vozila. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00142/2022-04 od 23. 2. 2022. godine.

⁵³ Pod garažnim mestom podrazumeva se deo površine garaže predviđen za parkiranje jednog putničkog vozila, odnosno poseban deo garaže, koji čini prostor određen obeleženom površinom za parkiranje vozila u nivou poda svake etaže tog objekta. Važno je istaći da su, prema mišljenju Ministarstva finansija, i parking mesta unutar garaže, a koja se nalaze iznad garažnog mesta koje je u nivou poda svake etaže, svojevrsna garažna mesta, pod uslovom da se mogu smatrati nepokretnostima, i to nezavisno od njihovog naziva (klackalice, pazl-sistem, parking platforma) i načina pristupa vozila tom mestu (npr. putem platformi, liftova). Ako na svakom od tih parking mesta pravo svojine imaju različita lica, porez se na imovinu utvrđuje za svako od parking mesta. U ovom kontekstu treba istaći i da se površina garaže koja je u zajedničkoj nedeljivoj svojini, jer služi za prilaz garažnim odnosno parking mestima, ne uključuje se u korisnu površinu garažnog odnosno parking mesta. Međutim, ako je garaža sa garažnim, odnosno parking mestima, u svojini jednog lica, iz korisne površine se ne isključuju površine pristupnih prilaza konkretnim garažnim, odnosno parking mestima. Važno je istaći da parking mesto na građevinskoj parceli na kojoj su izgrađene višeporodične stambene zgrade ne predstavlja garažno mesto, te ne predstavlja poseban deo zgrade na kojem može postojati zasebno pravo svojine. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00142/2022-04 od 23. 2. 2022. godine; čl. 11 Pravilnika o tehničkim zahtevima za zaštitu garaža za putničke automobile od požara i eksplozija, *Službeni glasnik SCG*, br. 31/2000; čl. 1, st. 2 Zakona o prometu nepokretnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 93/14.

⁵⁴ Čl. 6b, st.1, tač. 7 ZPI.

⁵⁵ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00103/201504 od 8. 10. 2015. godine.

⁵⁶ Primera radi, to će biti slučaj ako je reč o objektu koji predstavlja posebnu funkcionalnu celinu, koji je prema investicono-tehničkoj dokumentaciji poslovni objekat koji se faktički koristi za

Pomoćni objekti su:

(1) samostalni objekti koji ne služe za stanovanje ili obavljanje delatnosti i ne razvrstavaju se u neku od postojećih kategorija objekata, i to:

– pomoćni objekti koji nisu zgrade (bunari, bazeni, rezervoari, cisterne i sl.);
– pomoćne zgrade (prizemne zgrade i zgrade čija je podna površina ispod površine zemlje) koje su u funkciji stambenog, odnosno poslovnog objekta, koji je izgrađen na istom zemljištu (kotlarnice, podrumi, šupe za smeštaj ogreva i sl.);

(2) ekonomski objekti, u koje spadaju objekti za gajenje životinja (staje za gajenje konja, štale za gajenje goveda, objekti za gajenje živine, koza, ovaca i svinja, kao i objekti za gajenje golubova, kunića, ukrasne živine i ptica); prateći objekti za gajenje domaćih životinja (ispusti za stoku, betonske piste za odlaganje čvrstog stajnjaka, objekti za skladištenje osoke); objekti za skladištenje stočne hrane (senici, magacini za skladištenje koncentrovane stočne hrane, betonirane silo jame i silo trenčevi), objekti za skladištenje poljoprivrednih proizvoda (ambari, koševi), ribnjaci, krečane, ćumurane i drugi slični objekti na poljoprivrednom gazdinstvu (objekti za mašine i vozila, pušnice, sušionice i sl.).⁵⁷

(3) nadstrešnice osnove preko 10 m² koje su samostalni objekti.

U vezi sa navedenom definicijom sporno je koji se sve objekti mogu smatrati ekonomskim objektima koji ne služe za obavljanje delatnosti i koji se, shodno tome, trebaju kategorizovati kao pomoćni objekti. Naime, nije najjasnije da li se pod ovu kategoriju podvode svi objekti na poljoprivrednom gazdinstvu čiji se nosilac nije opredelio da ima svojstvo preduzetnika, odnosno status obveznika PDV-a,⁵⁸ ili samo oni ekonomski objekti na nekomercijalnim poljoprivrednim gazdinstvima.⁵⁹

parkiranje vozila zakupcima lokala i njihovim klijentima, a koje se naplaćuje posle isteka određenog vremena. Međutim, ako je reč o posebnoj funkcionalnoj celini u okviru objekta koja prema investicono-tehničkoj dokumentaciji nije poslovni objekat i ako se faktički ne koristi u funkciji obavljanja delatnosti u tom objektu, razvrstava se u grupu garaže i garažna mesta (garaže i pomoćni objekti). V. Mišljenje Ministarstva finansija, br.430-00-00642/2019-04 od 24. 1. 2019. godine; Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-0000167/2016-04 od 17. 5. 2016. godine.

⁵⁷ ZPI povodom ekonomskih objekata upućuje na definiciju sadržanu u Zakonu o planiranju i izgradnji (v. čl. 2, st. 1, tač. 24 Zakona o planiranju i izgradnji).

⁵⁸ U tom slučaju takvi objekti će se tretirati kao poslovni objekti.

⁵⁹ Naime, prilikom upisa porodičnog poljoprivrednog gazdinstva u Registar poljoprivrednih gazdinstava i obnove registracije, poljoprivrednik se izjašnjava da li je njegovo poljoprivredno gazdinstvo komercijalno ili nekomercijalno. V. čl. 8 Pravilnika o upisu u registar poljoprivrednih gazdinstava i obnovi registracije, kao i o uslovima za pasivan status poljoprivrednog gazdinstva, *Službeni glasnik RS*, br. 117/13, 102/15, 6/16, 46/17, 44/18, 102/18, 6/19.

Nezavisno od ove dileme, treba imati u vidu da ZPI predviđa poresko oslobođenje za objekte obveznika koji ne vode poslovne knjige, odnosno obveznika koji vodi poslovne knjige kome je poljoprivreda pretežna registrovana delatnost, a koji su namenjeni i isključivo se koriste za primarnu poljoprivrednu proizvodnju.⁶⁰

Iz definicije pomoćnih objekata proizlazi da se pod ovu kategoriju podvode i pomoćne zgrade koje su u funkciji stambenog, odnosno poslovnog objekta, kao što su podrumi. Prema ranije važećem rešenju, i to na osnovu definicije korisne površine objekta,⁶¹ površina podrumskih prostora koji nisu bili u zajedničkoj nedeljivoj svojini,⁶² ulazila je u korisnu površinu objekta, tj. takvi podrumi su se oprezivali kao glavni objekti.⁶³

U vezi sa pomoćnim objektima, treba spomenuti mišljenje Ministarstva finansija prema kojem se letnja kuhinja, kao posebna celina u okviru objekta koja je u funkciji glavnog objekta (npr. kuće za stanovanje), razvrstava u istu grupu kao i glavni objekat u čijoj je funkciji (tj. u grupu kuće za stanovanje).⁶⁴ Vidimo da se nadležno ministarstvo u ovom slučaju držalo toga da letnje kuhinje nisu navedene kao vrsta pomoćnih zgrada koje su u funkciji poslovnog, odnosno stambenog prostora, zaboravljajući pritom da ta lista u zakonu nije konačna,⁶⁵ odnosno da sam zakonodavac izričito upućuje na obuhvatanje situacija koje su slične onima koje su neposredno formulisane u zakonskom opisu poreskog činjeničnog stanja.⁶⁶ Zbog toga ne vidimo razlog da se tzv. letnje kuhinje ne tretiraju kao pomoćni objekti.

⁶⁰ V. čl. 12, st. 1, tač. 10 ZPI, čl. 12b ZPI.

⁶¹ V. čl. 6, st. 2, tač. 2 ZPI.

⁶² Ako je podrum u zajedničkoj nedeljivoj svojini vlasnika posebnih delova zgrade, ne uključuje se u korisnu površinu objekta, odnosno posebnog dela objekta. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00795/2014-04 od 27. 8. 2014. godine; Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00619/2019-04 od 13. 8. 2019. godine.

⁶³ Načelno, prostori u zajedničkoj nedeljivoj svojini ne ulaze u korisnu površinu objekta. Međutim, površina „zajedničkih“ prostorija na kojima ne postoji zajednička nedeljiva svojina, iz razloga što je jedno lice vlasnik svih ekonomski deljivih celina u okviru tog objekta, ulazi u korisnu površinu. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-01077/2016-04 od 24. 11. 2016. godine.

⁶⁴ Pod uslovom da se u njoj ne obavlja registrovana delatnost i da (u celini ili pretežnom delu) nije kategorisana za obavljanje delatnosti. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00154/2022-04 od 28. 2. 2022. godine.

⁶⁵ Kao primer pomoćnih zgrada koje su u funkciji stambenog, odnosno poslovnog objekta, koje su izgrađene na istom zemljištu zakonodavac navodi kotlarnice, podrumne, šupe za smeštaj ogreva i druge slične pomoćne zgrade (koristi se formulacija i sl.).

⁶⁶ V. Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2009, 52.

U čak 42 jedinice lokalne samouprave⁶⁷ nije utvrđena prosečna cena kvadratnog metra garaža i pomoćnih objekata, već garaža i garažnih mesta. Postavlja se pitanje da li to znači da one u poreskoj 2022. godini uopšte neće oporezovati pomoćne objekte. Sprovedena analiza je, takođe, pokazala i da je u jednoj opštini⁶⁸ utvrđena cena, ne pomoćnih, već „ostalih“ objekata, kao i da je jedna opština propisala da će se prosečna cena kvadratnog metra garaža i garažnih mesta utvrditi umanjenjem prosečne cene kuća za stanovanje u odgovarajućoj zoni za 50%.⁶⁹

Sve do izmena i dopuna ZPI iz 2018. godine bilo je problematično oporezivanje nekih nepokretnosti za koje nije bilo najjasnije da li se s poreske tačke gledišta trebaju tretirati kao objekti, ili, pak zemljište (npr. bazeni, teniski tereni).⁷⁰ Ta dilema je otklonjena tako što je propisano da se sastavnim delom zemljišta smatraju: staza i drugi otvoreni prostori prekriveni čvrstim materijalom u nivou zemljišta, otvoreni prostori za parkiranje, kolski prilazi objektu, piste za obuku kandidata za vozače i vozača, ograde, potporni zidovi, stepeništa izvan gabarita objekta, stočne i septičke jame, dečja igralište, spomenici, spomen-obeležja na površinama javne namene ili na grobljima, kao i grobnice. Za vrtna senila, vrtne bazene (uključujući fontane), nadstrešnice,⁷¹ dvorišne kamine i ploče za obaveštavanje je predviđeno da se smatraju delom zemljišta samo ako su do određene površine, odnosno visine.⁷² Propisano je, takođe, i da se sastavnim delom objekta smatraju i instalacije inkorporisane u objektu i od objekta do priključka na mrežu.⁷³

U vezi sa kategorizacijom objekata treba istaći da poreska obaveza za njih ne prestaje iz razloga što objekat više ne služi svojoj funkciji i svrsi ili, pak, zato što

⁶⁷ To su: Alibunar, Apatin, Arandelovac, Arilje, Babušnica, Bač, Bačka Topola, Batočina, Beočin, Bujanovac, Čajetina, Čuprija, Despotovac, Kragujevac, Bor, Indija, Irig, Lapovo, Lebane, Ljig, Majdanpek, Merošina, Novi Bečej, Novi Kneževac, Odžaci, Opovo, Pećinci, Preševo, Prijepolje, Rača, Raška, Šid, Smederevska Palanka, Srbobran, Surdulica, Topola, Ub, Veliko Gradište, Vrbas, Vrnjačka Banja, Žagubica i Žitorađa.

⁶⁸ Reč je o opštini Temerin.

⁶⁹ U pitanju je opština Rača.

⁷⁰ O rešavanju ove nedoumice v. C. Cvjetković, op. cit., 161.

⁷¹ Pošto je Zakon o planiranju i izgradnji nadstrešnice definisao kao objekte koji imaju krov, ali nemaju (sve) zidove, one su se na terenu poreza na imovinu tretirale kao kao zgrade, što znači da su se oporezivale kao poslovni objekti ili stambeni objekti, u zavisnosti od toga u kojoj funkciji su bile.

⁷² Vrtna senila do 15 m², vrtni bazeni (uključujući fontane) površine do 12 m² i dubine do 1 m, nadstrešnice osnove do 10 m², dvorišni kamini površine do 2 m² i visine do 3 m, i ploče za obaveštavanje površine do 6 m².

⁷³ Ako mesto priključka nije moguće precizno odrediti, sastavnim delom objekta smatra se instalacija inkorporisana u objekat. V. čl. 2b ZPI.

se više ne može smatrati ni zgradom. Naime, pravo poreskog obveznika je da se opredeli da li će svoj objekat koristiti ili ne, odnosno da li će ga rekonstruisati ili ne kako bi ga učinio funkcionalnim za određenu namenu.⁷⁴

Višenamenski objekti

Pošto je moguće da jedan objekat čini više posebnih celina koje se mogu svrstati u različite grupe, ZPI propisuje da će se u takvim situacijama svaka posebna celina u okviru objekta svrstati u odgovarajuću grupu nepokretnosti.⁷⁵ Primera radi, ako se objekat sastoji od nekoliko posebnih fizičkih celina koje mogu biti samostalni predmet prometa (npr. stanovi i poslovni prostori), svaka od njih se svrstava u odgovarajuću grupu nepokretnosti.⁷⁶

Ukoliko je objekat jedinstvena celina mešovitog karaktera, za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu, razvrstaće se prema pretežnoj nameni.⁷⁷ Primera radi, ako je jedan deo kuće namenjen za stanovanje, a drugi za pružanje ugostiteljskih usluga, taj objekat će se razvrstati u neku od postojećih grupa prema svojoj pretežnoj nameni,⁷⁸ koja se, prevashodno, utvrđuje uviđajem, koji sprovodi nadležno lice. Predviđanje kriterijuma „pretežne namene“ rešava neke sporne situacije koje mogu nastati u praksi kada je reč o objektima koji se koriste i za stanovanje, i za obavljanje poslovne delatnosti, što je bitno zbog različitih poreskopравниh posledica po obveznike koji vode i koji ne vode poslovne knjige (visina stope, pravo na poreski kredit i dr.). Međutim, ovaj kriterijum ne rešava situacije kada se ne može odrediti pretežna namena, odnosno kada se objekat, koji predstavlja jedinstvenu celinu mešovitog karaktera, podjednako koristi za dve ili veći broj namena. Izlaz bi moglo biti unošenje u ZPI pravila da će se u takvim situacijama objekat svrstati u onu grupu nepokretnosti za koju se opredeli obveznik.⁷⁹

⁷⁴ Stav nadležnog ministarstva je da se nepokretnostima smatraju, ne samo zgrade (kao vrste objekata), već i drugi građevinski objekti, odnosno njihovi delovi. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00124/201404 od 3. 11. 2014. godine; Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00124/201404 od 3. 11. 2014. godine.

⁷⁵ Čl. 6a, st. 2 ZPI.

⁷⁶ Ako stambeni objekat čini jedinstvenu celinu koja samo kao jedinstvena može biti u prometu, taj objekat se razvrstava u grupu kuća za stanovanje, pa i u slučaju kada je dvoetažni ili višeeetažni. Činjenično stanje od uticaja na utvrđivanje poreza na imovinu u svakom konkretnom slučaju utvrđuje nadležni organ jedinice lokalne samouprave. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00050/2016-04 od 8. 2. 2016. godine.

⁷⁷ Čl. 6a, st. 3 ZPI.

⁷⁸ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-460/2014/04 od 10. 11. 2014. godine.

⁷⁹ C. Cvjetković, op. cit., 162.

Važno je istaći i da prilikom razvrstavanja objekata nije od značaja stanje u katastru nepokretnosti, kao ni činjenica da li je taj objekat izgrađen u skladu sa propisima.⁸⁰

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iako to nije politički popularna mera, srpski zakonodavac nastoji da porezu na imovinu podvrgne sve kategorije nepokretnosti. Ta njegova namera najbolje se vidi kroz evoluciju normi koje se odnose na razvrstavanje nepokretnosti.

Što se tiče kategorizacije zemljišta za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, uvođenjem kategorije drugog zemljišta, obezbeđena je sveobuhvatnost prilikom njegovog oporezivanja. Svestan da vrlo često jedinice lokalne samouprave neće biti u posedu podataka o prometu drugog zemljišta, srpski zakonodavac je propisao da će se u tom slučaju do njegove prosečne cene po metru kvadratnom doći na osnovu cene poljoprivrednog zemljišta. Najveći broj jedinica lokalne samouprave u Srbiji prosečnu cenu drugog zemljišta odredio je upravo na taj način. Istraživanje je, takođe, pokazalo da najveći broj njih nije pravio neke veće propuste prilikom kategorizacije zemljišta za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu. Ipak sreću se i izvesna odstupanja (npr. uvođenje podvrsta poljoprivrednog, šumskog i drugog zemljišta u okviru iste zone i utvrđivanje prosečne cene za svaku od tih podvrsta). Što se tiče odredbe ZPI da jedinice lokalne samouprave mogu doneti odluku da se pod određenim uslovima neizgrađeno građevinsko zemljište tretira kao poljoprivredno, odnosno šumsko, oko četvrtina njih je iskoristila tu mogućnost, s tim da nisu sve u potpunosti sledile zakonske odredbe.

U pogledu razvrstavanja objekata za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, srpski zakonodavac je, počevši od izmena i dopuna ZPI iz 2018. godine, postepeno usavršavao rešenja u ovoj oblasti, i to prvo tako što je rešio problem razvrstavanja nepokretnosti u nekim „graničnim“ slučajevima, a onda i tako što je konačno rešio problem svrstavanja i oporezivanja pomoćnih objekata. Međutim, ono što može da bude problematično jeste sprovođenje tih odredaba od strane jedinica lokalnih samouprava, posebno onih koje se odnose na pomoćne objekte. Naime, sprovedena analiza je pokazala da, za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu za 2022. godinu, jedan broj jedinica lokalne samouprave (skoro trećina) uopšte nije uključio pomoćne objekte u kategorizaciju. Štaviše, jedna od njih je za ovu vrstu

⁸⁰ Primera radi, stan koji je rešenjem nadležnog organa kategorizovan kao ugostiteljski objekat u kojem se pruža usluga smeštaja, za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, razvrstaće se kao poslovni prostor, a činjenica da u katastru nije promenjena njegova namena neće biti od uticaja na razvrstavanje te nepokretnosti. V. Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00057/2020-04 od 2. 6. 2020. godine.

objekata, suprotno slovu zakona, ustanovila novi način utvrđivanja poreske osnovice. Iako se ne može osporiti inovativnost tog rešenja, za sva pitanja koja se odnose na utvrđivanje poreske osnovice isključivo je nadležna centralna vlast.

U narednom periodu srpski zakonodavac bi morao precizirati šta se sve smatra ekonomskim objektima koji ne služe za obavljanje delatnosti, kako bi se izbegla različita tumačenja zakonske odredbe, kao i predvideti rešenje u situacijama kada se ne može odrediti pretežna namena objekta.

Dr. CVJETANA CVJETKOVIĆ IVETIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

CLASSIFICATION OF REAL ESTATE FOR THE PURPOSE
OF DETERMINATION OF THE TAXABLE BASE OF THE PROPERTY TAX
IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The intention of the Serbian legislator to tax all categories of real estate and thereby contribute to the realization of the principles of equity and abundance can also be seen through the evolution of legal solutions related to the classification of real estate. In the paper the author analyzes provisions of the Law on Property Taxes related to the classification of real estate, as well as the way of their implementation by local self-government units. The research has shown that there is still some room for improving legal solutions and that some local self-government units did not comply with the provisions of the Law on Property Taxes related to the classification of real estate.

Key words: property tax, classification of real estate, classification of land and buildings

Literatura

- Cvjetković C., „Porez na imovinu u statici“, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015.
- Canaj E., Lavdari I., „Immovable Property Tax System in the Republic of Albania“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- Costas C.F., „Real Estate Taxation in Romania“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- Olowu D., *Property Taxation and Democratic Decentralization in Developing Countries*, Paper for Seminar on „Taxation Perspectives: A Democratic Approach to Public Finance in Developing Countries“, Institute of Developing Studies, Sussex, October 28–29 2002.

Popović D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2009.

Rosengard J., *The Tax Everyone Loves to Hate: Principles of Property Tax Reform*, Mossavar Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Cambridge, Massachusetts, 2012.

Žibrik N., Humur T., „Real Property Taxation in Emerging Economy of the Republic of Slovenia“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVIČNOST U PORESKIM STVARIMA

Pitanje da li je pravičnost moguća u poreskim stvarima počiva na pretpostavci razlikovanja pravde od pravičnosti. Pravda, budući opšta i odnoseći se na donošenje norme, dobija svoj konačni oblik i ispoljenje u primjeni norme, kroz pravično prilagođavanje pojedinačnom životnom događaju. O poreskim stvarima rješava se u posebnom upravnom postupku, poreskom postupku, a sudsku kontrolu svrši sud u upravnom sporu. Strogo primijenjeno načelo zakonitosti u oporezivanju, kao i stalna težnja što tačnijem utvrđivanju iznosa poreskog duga, ostavljaju postupajućem organu malo prostora za slobodu izbora u postupanju. Za razliku od brojnih primjera utvrđivanja različitih obaveza u drugim oblastima prava, u kojima su zakonom propisani minimum i maksimum, pa postupajući organ treba da procijeni i utvrdi pravičan iznos u tom rasponu, u poreskim stvarima skoro da ne postoji mogućnost utvrđivanja poreskog duga u tom obliku. U ovom radu sagledava se odnos načela zakonitosti, pravednosti i pravičnosti u poreskim stvarima, sa pretpostavljenim razlikovanjem pojmova pravda i pravičnost, i sa hipotezom da je pravičnost u poreskim stvarima znatno manje izražena nego u drugim pravnim oblastima.

Ključne riječi: pravda, pravičnost, porez, postupak, načelo

PRETPOSTAVKE I HIPOTEZE RADA

Razlikovanje pravednosti i pravičnosti, pojmovno i terminološki, postojalo je od antike,¹ zbog čega je ono pretpostavka za analizu predmeta ovog rada.

Dr Đorđe Marilović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, e-mail: djordje.marilovic@pravni.ues.rs.ba. Autor izražava zahvalnost višem asistentu Branu Hadži Steviću sa Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, za razgovore i razmjenu ideja o pravdi i pravičnosti, što je bilo izvor nadahnuća za pisanje ovoga rada.

¹ Kosta Čavoški, *O pravdi i pravičnosti*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2017, 4.

U poreskom pravu, i uopšte u finansijskom pravu, vidljivo je djelimično odstupanje od ovog razlikovanja. Analizirajući dostojanstvo kao „apsolutnu svrhu ljudskosti“, akademik Perović na prvo mjesto činilaca koji utiču na evoluciju ustanove dostojanstva od antike do današnjice stavio je „stanje svesti i savesti u pogledu pravde i pravičnosti kao konkretizovane pravde“.² Za poresko pravo, razlikovanje pravde i pravičnosti važno je zbog neposredne primjene niza načela u postupku utvrđivanja, naplate i kontrole poreza, zbog pravilnog razumijevanja položaja stranke u poreskom postupku, kao i u kasnijem eventualnom sudskom postupku, upravnom sporu.

U ovom radu, pokušavam da odgonetnem da li je pravičnost zaista moguća, i u kojoj mjeri, u rješavanju i odlučivanju o poreskim stvarima. Osnovna pretpostavka, razlikovanje pravednosti od pravičnosti, više nije tako jasno vidljiva u savremenoj domaćoj poreskoj nauci. Zbog toga, potrebno je u najkraćim crtama podsjetiti na ovu razliku, ukazati na primjere njenog poštovanja u poreskoj naučnoj književnosti, kao i na moguće uzroke nepravilne terminologije tamo gdje je ona prisutna. Osnovna hipoteza rada je stav da dosljedna primjena i dominacija poreskog načela zakonitosti uz primjenu restriktivnog tumačenja znatno ograničavaju mogućnost prilagođavanja opšte pravne norme posebnostima svakog pojedinačnog slučaja. Naime, zakonski opis poreskog činjeničnog stanja u poreskim zakonima propisuje se uglavnom uz vrlo dosljedno navođenje brojnih mogućih okolnosti i činilaca. Na taj način, opšta pravna poreska norma uspostavlja se na mnogo nižem nivou opštosti nego što je to slučaj u brojnim drugim oblastima prava, i time nadoknađuje male mogućnosti za primjenu instituta pravičnosti u postupku primjene te opšte pravne norme. To je vidljivo iz često vrlo obimnih nabiranja i pojašnjenja, izuzetaka i oslobođenja od nekog pravila. U strukturi pravne norme, kada je riječ o poreskom pravu, može se primijetiti vrlo obimno propisivanje pretpostavke dispozicije. Tačnije, pojmovi sadržani u pretpostavci dispozicije imaju veći sadržaj, pa samim tim manji obim, upravo da bi se zadovoljila potreba za što tačnijim, preciznijim normiranjem. Načelna zabrana pregovaranja i ugovaranja između poreskog organa i poreskog dužnika (poreskog obveznika, ali i drugih poreskih dužnika), dodatno sužava mogućnost za slobodu postupajućeg organa prilikom utvrđivanja obaveze.

Druga hipoteza – na ostvarenje načela pravičnosti u poreskom postupku i poreskom upravnom sporu značajnu i ograničavajuću ulogu ima uvođenje digitalizacije i elektronske forme – nalazi se u neposrednoj vezi sa prvom hipotezom, budući da je digitalizacija prirodan i sasvim očekivan način ostvarenja tačnosti i blagovremenosti u sprovođenju pravnih normi sa hipertrofiranom pretpostavkom dispozicije. U radu ne dajemo vrijednosni sud u pogledu analizirane

² Slobodan Perović, „Prirodno pravo i dostojanstvo“, *Pravni život*, br. 9, tom I, Beograd, 2013, 7 i 19.

zastupljenosti načela pravičnosti u poreskom pravu, jer bi to zahtijevalo potpuno drugačiji metodološki pristup, kao i znatno veći obim rada.

PRAVIČNOST KAO KONKRETIZACIJA PRAVDE U PORESKOM PRAVU

U pravnoj teoriji do danas je, u osnovi, zadržano shvatanje pravičnosti koje je uobličio Aristotel u Nikomahovoj etici, po čemu je „pravično istovremeno i pravedno, i to bolje nego izvesna vrsta pravednog, ali ne bolje nego apsolutno pravedno, već samo bolje od zakonskog prava koje propušta ponešto zbog svoje uopštene formulacije“.³ U poreskom pravu, srpska i jugoslovenska teorija put ka pravednosti oporezivanja vidjela je „kroz opštost poreske obaveze i ravnomernost u rasporedu poreskog tereta“.⁴ Prema tome, dva su činioca na kojima počiva pravednost – „Opštost poreza, kao što je istaknuto predstavlja zahtev formalne vrednosti, koji se sastoji u snošenju poreskog tereta od strane svih poreskih obaveznika. Drugi uslov, ravnomernosti, jeste uslov materijalne pravednosti koja zahteva da svaki poreski obaveznik bude oporezovan srazmerno svojoj poreskoj odnosno ekonomskoj snazi.“⁵ Ovakva terminologija zadržana je u regionu, na primjer u savremenoj hrvatskoj poreskoj teoriji – doduše, ne uvijek sa istim elementima u definiciji tako označenog pojma – shvatanja se kreću od definicije pravednosti zasnovane na opštosti poreske obaveze i ravnomjernosti u oporezivanju,⁶ preko definicije koja za kriterijume pravednosti uzima korist i mogućnost plaćanja,⁷ do pojmovnog izjednačavanja pravednosti i ravnomjernosti u raspoređivanju poreskog tereta.⁸ Pojedine savremene analize zaslužuju da ih pomenemo zbog pregleda literature koja se odnosi na definisanje pravednosti.⁹

³ Kosta Čavoški, Radmila Vasić, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2006, 91.

⁴ Mileva Anđelković, „Pravednost oporezivanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 19, Niš, 1979, 339. Napomena: Članak je izvorno objavljen pod autorkinim prezimenom Urošević, ali je ovdje navedeno pod kasnijim prezimenom Anđelković, u skladu sa praksom u uzajamnoj bibliografsko-kataloškom bazi podataka COBIB: <https://plus.cobiss.net/cobiss/sr/sr/bib/1026056609>.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Barbara Jelčić, *Javne financije*, RriF-plus za nakladništvo i poslovne usluge, Zagreb, 2001, 116.

⁷ Marina Kesner-Škreb, „Pravednost poreza“, *Financijska teorija i praksa*, br. 3, Zagreb, 2002, 713–715.

⁸ „Da porezi moraju biti pravedni, odnosno da porezni teret mora biti ravnomjerno raspoređen na sve porezne obveznike, opće je prihvaćen postulat svakog suvremenog poreznog sustava.“ Božidar Jelčić, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998, 170.

⁹ Stjepan Gadžo, „Prilog istraživanju sadržaja načela pravednosti kao kriterija evaluacije normi međunarodnog poreznog prava“, *Pravni vjesnik*, br. 2, Osijek, 2015, 131–155. Gadžo ispravno

Da ipak u jugoslovenskoj pravnoj naučnoj zajednici nije postojala potpuna jasnoća pogleda na pravdu i pravičnost, svjedoče odrednice u ranom izdanju *Pravne enciklopedije*, gdje su pravda i pravičnost u suštini izjednačeni, a ove dvije enciklopedijske odrednice upućuju jedna na drugu, kao npr.: „pravičnost – saglasnost s pravdom (pravednost)“.¹⁰

U savremenoj srpskoj poreskopravnoj literaturi prekretnicu je označilo kapitalno djelo *Nauka o porezima i poresko pravo* iz 1997. godine, u kojem je Popović, definišući socijalnopolitička poreska načela, odabrao izraz „pravično oporezivanje“.¹¹ Ovo je uticalo na promjenu terminologije i usvajanje riječi „pravičnost“, za označavanje pojma pravednosti. To možemo da zaključimo po odlikama pojma koji Popović opisuje kao pravičnost, a to su opštost kao formalni uslov, a ravnomjernost kao materijalna pretpostavka „pravičnosti“.¹² Ustvari, opštost i ravnomjernost u gorepomenutom radu iz 1979. godine, navodi Anđelković (tada Urošević), ali kao činioce pravednosti. Terminom „pravičnost“ služi se i Dimitrijević,¹³ iako ona u skorijem radu ukazuje na poistovjećivanje pravičnosti i pravednosti kroz sintagmu „pravičnost oporezivanja (poreska pravda)“.¹⁴ Popović i Ilić-Popov zadržavaju termin „pravičnost“ i u radu o jednakosti građana u poreskom pravu,¹⁵ za označavanje onoga što ovdje prepoznamo kao pravednost. Izgleda da je, vremenom, terminološka i pojmovna granica između pravednosti i pravičnosti u poreskom pravu postala zamagljena, što je slučaj čak i u razvijenim poreskim sistemima,¹⁶ na šta je vjerovatno uticalo oslanjanje na različite prevode međunarodnih konvencija.¹⁷

upotrebljava izraz pravednost, na primjer kada govori o horizontalnoj i vertikalnoj pravednosti, a pravičnosti ne posvećuje pažnju i ne pominje je osim u naslovima korišćene literature.

¹⁰ „Pravda“ i „Pravičnost“, *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979, 1036–1037.

¹¹ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI – Savremena administracija, Beograd–Budimpešta, 1997, 291.

¹² *Ibidem*, 292, 294.

¹³ Marina Dimitrijević, „Pravičnost i aktuelno modeliranje poreskih sistema u svetu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, Niš, 2015, 277–292.

¹⁴ Marina Dimitrijević, „Refleksije pravičnosti u sferi savremenog oporezivanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 91, Niš, 2021, 15 i dalje.

¹⁵ Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, „Jednakost građana u poreskom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 33, Banja Luka, 2011, 139–158.

¹⁶ Na primjer, u Njemačkoj: „The problem is that there is no consensus as to how equity relates to justice“, Ludwig Van Den Hauwe, „German Income Tax Policy Between Equity and Efficiency“, *European Journal of Law and Economics*, No. 3, 1998, 270.

¹⁷ Za moguće razloge zamjene izraza „pravda“ i „pravičnost“ u označavanju pravde u jugoslovenskom i srpskom pravu, vid. K. Čavoški, op. cit., 249–255.

O pravdi i pravičnosti se ne može ozbiljnije govoriti, a da se ne odvoji posebno mjesto za stvaralaštvo Božidara S. Markovića – „Ako nije bila jedina i isključiva, to je bila njegova prva i središnja preokupacija. Pravda i pravičnost su za njega bile najveći izazov. Sva je prilika da se u našoj pravnoj filozofiji sa prof. Markovićem u tom pogledu niko ne može porediti; u njoj se niko kao on nije tako svojski, tako uporno, tako uspešno bavio istraživanjem pravde i pravičnosti.“¹⁸

Određujući pravdu na temeljima antičke misli, kao vrlinu davanja svako-me onoga što mu pripada, ali i kao pojam i ideju formalne i materijalne pravde, odnosno komutativne i distributivne pravde, prof. Marković ustanovljuje da je apsolutna pravda nedostižna i uočava da pozitivno pravo nije uvijek istovremeno pravedno pravo.¹⁹ U faktore koji utiču na odnos pozitivnog i pravednog prava ubraja: 1) promjenljivost materijalne pravde, koja je određena ljudskim mjerilima vrijednosti, nasuprot nepromjenljivosti formalne pravde, 2) postojanje dva osnova izvora prava, društva i države, odnosno dvije kategorije pravnih normi, socioloških ili „društvenih“ i etastičkih ili „državnih“ normi; sociološka norma rezultat je i nosilac materijalne pravde, pa je samim tim izrazito evolutivna kategorija, za razliku od etastičke norme koja je konstantna i neevolutivna, i 3) statičnost pozitivnog pravnog pravila nasuprot stalne evolucija društva.²⁰ Marković zaključuje „da će se raskorak između pozitivnog i pravednog prava sve više smanjivati, drugim rečima da će pozitivno pravo, zahvaljujući razumu i nauci, u sve većoj meri bivati i pravedno pravo.“²¹ Možda je svojevrsna djelimična potvrda ovog predviđanja primjer iz poreskog prava, gdje je zahvaljujući naprednijoj obradi podataka, izuzetno brzom saobraćanju i standardizovanosti elektronskih obrazaca omogućena dodatna sigurnost i pogodnost u okviru elektronskog dostavljanja i kontrole podataka. Na primjer, jednostavnije nego ranije vrše se usklađivanja iznosa primanja koja su izuzeta iz dohotka za oporezivanje, pa se samim tim manjom drži razlika između pozitivnog i pravednog prava.²² Dinamičnost stvarnosti, vidljiva kroz promjenu kupovne moći, inflaciju i rast potrošačkih cijena, na ovaj način je utkana u inače statično pravno pravilo.

¹⁸ Danilo Basta, „Pohvala jednoj doslednosti“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Beograd, 1993, 21.

¹⁹ Božidar Marković, „Odnosi između pozitivnog i pravednog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3, Beograd, 1991, 202, 205.

²⁰ *Ibidem*, 204.

²¹ *Ibidem*, 208.

²² Čl. 12a Zakona o porezu na dohodak građana, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – ispravka, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – US, 93/2012, 114/2012 – US, 47/2013, 48/2013 – ispravka, 108/2013, 57/2014, 68/2014 – dr. zakon, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020, 44/2021 i 118/2021.

Naše ispitivanje prve hipoteze tiče se ne samo razlikovanja pojmova pravde i pravičnosti, nego i mogućnosti primjene pravičnosti, kao čisto pravnog pravnog pojma i mogućeg izvora prava, i to poreskog prava. U strogom značenju, načelo zakonitosti isključuje bilo kakve izvore poreskog prava osim zakona i podzakonskih akata.²³ Profesor Marković, definišući pravičnost, u njenoj tehničko-pravnoj ulozi, kao „instrument kome je svrha da ispravlja tehničke nedostatke zakona, izazvane na prvom mestu prostornom i vremenskom opštošću formulisanog prava“,²⁴ postavio je pitanje na koji će način pravičnost, kad se javlja kao predstavnik konkretne pravde, da ispravlja nedostatke formule.²⁵ Ovdje možemo navesti primjere zoniranja i utvrđivanja koeficijentata za određene zone, a za potrebe poreza na imovinu, tačnije poreza na nepokretnosti, čime se ideal pune pravde približava pozitivnom pravu i ispravljaju se prostorne razlike između obveznika ali i objekata koji su predmet oporezivanja. Nedostaci zakona izazavni vremenskom opštošću mogu se rješavati, na primjer, indeksiranjem novčanih iznosa koji se vremenom mijenjaju, kao u već navedenom slučaju usklađivanja iznosa primanja. Međutim, ovo se i dalje čini u domenu pravednosti, budući da se usklađivanja vrše na nivou stvaranja opšte poreske pravne norme, a ne na nivou njene primjene. Zakonodavac, očito svjestan značaja pravednosti ne samo sa stanovišta pravne nauke, nego i poreskog morala, ali istovremeno svjestan mogućih problema ukoliko bi se odstupilo od strogih zahtjeva forme u korist procjenjivanja pravičnosti od slučaja do slučaja, svjesno je opteretio zakonski opis poreskog činjeničnog stanja brojnim pojašnjenjima, nabranjima koja vrlo često nisu *numerus clausus* nego prije u formi primjeričnog normiranja. Čak i u primjerima značajnih odstupanja od opštih pravila, kao što je propisivanje mogućnosti zaključivanja sporazuma u pogledu odlaganja plaćanja poreza, i dalje je riječ o posebnim opštim normama, koliko god one bile posebne u odnosu na opšte pravilo.²⁶ Pitanje otpisa kamata ovdje je posebno zanimljivo zbog mogućeg narušavanja načela jednakosti. Kod odlaganja plaćanja poreskog duga, pravilo je da se kamata ne otpisuje, ali je i u odnosu na to bilo izuzetaka. Dakle, radi prilagođavanja opštih normi o rokovima plaćanja poreza, napravljen je izuzetak u vidu dopuštanja odlaganja plaćanja poreskog duga, a onda je i u odnosu na taj izuzetak u određenim okolnostima pravljjen dodatni izuzetak, tako što je dopuštano da se otpišu kamate, uprkos upozorenjima teorije da bi to moglo predstavljati kršenje pravne jednakosti.²⁷

²³ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 43–46.

²⁴ Božidar Marković, „Pravičnost kao izvor prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 1939, 21.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ V. Gordana Ilić-Popov, „Odlaganje plaćanja poreskog duga u srpskom poreskom sistemu“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2017, 642–654.

²⁷ *Ibidem*, 652.

Sve ovo je, i dalje, ravan normiranja, i samo pokazuje razmjere zakonodavčevih intervencija u propise u poreskom pravu radi ublažavanja strogih zahtjeva formalnosti. Međutim, nijedan od ovih instituta, izuzetaka, nije primjer primjene instituta pravičnosti. Pravičnost je samo pojavni oblik traganja za pravdom tokom primjene opšte norme.

Uprkos takvom, sasvim vidljivom, trudu, pravne praznine koje „nisu u stanju izbeći ni tehnički najsavršeniji zakoni“ stvaraju potrebu za pravičnošću, čija je uloga „ispravljati i dopunjavati zakon, raditi *pro defectu iustitiae*, takva je uloga pravičnosti kao tehničko-pravnog instrumenta“.²⁸ Izraz „ispravljati i dopunjavati“, sasvim sigurno, ne može stajati uporedo uz strogo shvaćeno načelo zakonitosti u poreskom pravu. Međutim, ako imamo u vidu mogućnost zloupotrebe prava, na koju je takođe načelno upozoravao Marković,²⁹ a koja je moguća i u poreskom pravu, doći ćemo do oblasti tzv. antiabuzivnog zakonodavstva,³⁰ i borbe protiv nelegitimne zakonite poreske evazije. Ova oblast, zapravo, predstavlja najšire polje moguće primjene pravičnosti kao izvora prava, odnosno pravičnosti kao konkretizacije pravde. U poreskoj nauci priznaje se da u ovom slučaju problem nije nedostatak legalnosti, zakonitosti, barem ne u svojoj formalnoj pojavi, nego problem nastaje u ravni legitimnosti izvjesnog ponašanja poreskih obveznika i u odnosu na načelo horizontalne „pravičnosti“ (pravednosti), zbog čega nastaje potreba za posebnim pravnim tumačenjem (prema ekonomskoj suštini) ili za propisivanjem anti-abuzivnih mjera (načelo fakticiteta u poreskom pravu Srbije).³¹

Iako je poresko pravo naizgled lišeno prilike za primjenom pravičnosti, zbog složenog i naprednog sistema pravnih normi koje do u dinar propisuju tačan iznos poreskog duga za izdašno nabrojane najrazličitije okolnosti u okviru zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja, za pravičnošću kao konkretizacijom pravde vapi barem čitava jedna oblast poreskog prava, a to je oblast zakonite nelegitimne poreske evazije. Upravo velika rigidnost ili „tehničko rezonovanje“, kako je sa lakoćom opisivao Marković, je „izopačilo stvarnost“ i u poreskom pravu, dovodeći do ogromnih fiskalnih gubitaka u vidu nenaplaćenih javnih prihoda, pa samim tim i do nepravednosti

²⁸ B. Marković (1939), op. cit., 23.

²⁹ „Formalne odredbe i pravne konstrukcije upućuju i na jedno specialno tehničko rezonovanje koje nas udaljava od prirode stvari i koje, što duže traje, sve više izopačava pravnu stvarnost.“ *Ibidem*.

³⁰ U teoriji je već prihvaćen loš prevod – opšte antiabuzivno pravilo (engl. *general anti-avoidance rule* – GAAR). Inače, riječ *abuse* (zloupotreba) u literaturi na engleskom zamijenjena je rječju *avoidance*, pa čak i ovako bukvalno preslovljen i preveden, srpski izraz nije sasvim tačan. Ispravnije bi bilo da ovaj institut bude nazvan opšte pravilo protiv izbjegavanja oporezivanja.

³¹ D. Popović (2016), op. cit., 48–58. Christophe Waerzeggers, Cory Hillier, „Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR)—Ensuring that a GAAR achieves its purpose“, *Tax Law IMF Technical Note*, No. 1, 2016, 1, 3, 4.

prema savjesnim obveznicima i dužnicima. Grube prepreke u vidu forme i postupka ovdje ne pomažu, nego je potrebna neka sila koja će kao magnet, silom argumenata pravednosti privući sebi samo ono legitimno ponašanje, a ogoliti nelegitimno ponašanje sakriveno u formalnu zakonitost. Sa velikim mukama poreskoppravna nauka osmišljava zaista zadivljujući splet standarda i mjerila kojima bi trebalo da se rukovode poreski službenici prilikom ocjene postojanja nelegitimne poreske evazije. Od njih se očekuje da osjete i iskažu namjeru zakonodavca, budući da se spram nje cijeni šta je nelegitimno a šta legitimno u postupanju poreskih obveznika. Odjednom, poresko pravo i nije tako formalno kao što bi neiskusnom posmatraču isprva izgledalo.

Dolazimo do zaključka da se poresko pravo opire, barem nominalno, pravičnom rasuđivanju u primjeni pojedinačnih normi, sa izgovorom poštovanja strogog načela zakonitosti koje treba da obezbijedi jednakost svih pred poreskim zakonom. Istovremeno, zakonodavac propisuje tzv. antiabuzivna pravila, ili tačnije nešto što samo liči na antiabuzivna pravila, koja su toliko uopštena da narušavaju pravnu sigurnost u ovoj oblasti. Na ovo je ukazao Kostić u analizi načela fakticiteta u srpskom poreskom pravu.³² On postavlja pitanje da li je Vrhovni sud, tumačeći načelo fakticiteta u poreskom pravu, „mogao da u normi čl. 9, st. 1 vidi reči koje zakonodavac u nju jednostavno nije uneo i da li bi time on izašao iz okvira sudske vlasti i od tumača norme postao njen tvorac.“³³ Ovo pitanje on postavlja iako bi na pozitivan odgovor ukazivala namjera zakonodavca, ciljno tumačenje, uporedno pravo, i dr.³⁴ To samo dodatno podvlači naš argument da u pomoć poreskoj nauci mora da pritekne klasična pravna teorija, pa i filozofija prava, koje su ostavile dragocjene studije o pravičnosti kao konkretizaciji pravde, imajući na umu upravo ovakva pitanja.

Primjeri u praksi pokazuju da poreski organi nekada nisu spremni ni da primijene analogiju, a kamoli da tragaju za pravdom kroz pravičnost. Ako imamo u vidu riječi velikog Bogišića „Tek, kad ni u zakonu ni u običaju nema prilična pravila za neki posao, a nije ga moguće ni podobjem (analogijom, nap. aut.) naći, pravda i pravica postaju za sudca neposrednim izvorom, na koga on pravce treba da crpi svoje pravilo, prema osobitoj prirodi posla koji se sudi. Ta se radnja zove : suđenje po pravdi i pravici“³⁵ vidjećemo da bi odlučivanju na osnovu institucije pravičnosti morao da prethodi neuspjeli pokušaj primjene analogije. Naravno, Bogišić je ovo izrekao imajući u vidu građansko pravo i sudski postupak, ali zaključak vrijedi i za odlučivanje u oblasti koju ovdje sagledavamo. Za razliku od ovakve odredbe Opšteg

³² Svetislav Kostić, „Načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu“, *Harmonius*, br. 1, Beograd, 2016, 112–129.

³³ *Ibidem*, 124.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Čl. 782 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, 1888.

imovinskog zakonika, kojom je bio pružen formalni pravni osnov za donošenje pojedinačnog pravnog akta na osnovu načela pravde i pravičnosti, i to u građansko-pravnim odnosima, u poreskom pravu upitno je da li može biti, da li već ima, i kako bi se primijenila slična odredba. Smatramo da slična, iako ni izbliza jasno iskazana, odredba postoji i u poreskom pravu, u obliku odredbe o načelu fakticiteta – „Poreske činjenice utvrđuju se prema njihovoj ekonomskoj suštini. Ako se simulovanim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, za utvrđivanje poreske obaveze osnovu čini disimulovani pravni posao.“³⁶ Primjena, ili možda tačnije, neprimjena ove odredbe u praksi bila je predmet kritika u domaćoj teoriji.³⁷ Smatramo da ovo načelo i ova odredba predstavljaju primjer traganja za pravdom, doduše u smjeru zaštite fiskusa i savjesnih obveznika. Mislimo da bi izričito navođenje načela pravednosti, sa dodatnom detaljnijom razradom zamisli koju je zakonodavac imao kada je propisivao sadašnju odredbu o načelu fakticiteta, bilo višestruko korisno.

Privučen zvučnim izrazima i stranim riječima, zakonodavac je potpuno zaboravio na mogućnost da pravičnost institucionalizuje davanjem usmjerenja za zaštitu pravednosti oporezivanja u pojedinačnim slučajevima. Budući da odredba kojom je propisano načelo fakticiteta nije mijenjana čak dvadeset godina, uprkos navedenim kritikama iz teorije, predlažemo da prilikom eventualnog mijenjanja ove odredbe zakonodavac prethodno posveti pažnju detaljnom proučavanju srpske pravne teorije na temu pravednosti i pravičnosti, jer – „reći pravično je, znači u isto vreme reći i logično je i ekonomski je celishodno, i moralno je i politički je nužno, iako ne uvek sve zajedno“.³⁸

PRAVIČNOST U USLOVIMA UPOTREBE ELEKTRONSKIH SREDSTAVA U POSTUPKU

Ubrzavanje i olakšavanje poreskog postupka, kako za poreske organe tako i za stranke u postupku, obveznike i druge dužnike, omogućeno je uvođenjem elektronskih sredstava za preduzimanje radnji u postupku, kao što je podnošenje poreskih prijava u elektronskom obliku kao jedinstvenih zapisa iskazanih XML jezikom preko portala ili korisničke aplikacije Poreske uprave, uz upotrebu odgovarajućeg

³⁶ Čl. 9, st. 1 i 2 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 – ispravka, 23/2003 – ispravka, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispravka, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – Autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, i 96/2021. Preslikana odredba postoji u čl. 7 Zakona o poreskom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik R. Srpske*, br. 78/2020 i 37/2022.

³⁷ S. Kostić, op. cit., 119–125.

³⁸ B. Marković (1939), op. cit., 26.

elektronskog potpisa. U takvim okolnostima, moguće je da obvezniku bude ukazano na nedostatke prijave, na njenu nepotpunost ili uopšte neispravnost. Čak, neispravna prijava neće se smatrati podnijetom, a prijava u kojoj je ispravljen formalni nedostatak ili matematička netačnost neće se smatrati izmijenjenom prijavom.³⁹ Smatraće se da je obveznik podnio jednu i ispravnu prijavu. Međutim, iako je propisano da „Poreska uprava u elektronskom obliku obaveštava podnosioca poreske prijave o tim nedostacima“, možemo da se zapitamo da li je to zaista tačan opis. Naime, ovakva obavještenja najčešće su plod automatizovanog postupka obrade podataka, u čijoj izradi svakako učestvuju poreski pravni i ekonomski stručnjaci i zaposleni u postupajućem organu – Poreskoj upravi – uz neizostavno učesće programera i IT stručnjaka. Navedeno obavještenje po svemu odgovara pojedinačnom aktu poput zaključka u redovnom toku upravnog postupka. Poreska uprava, ili tačnije njen računarski sistem, obavještava obveznika, elektronskim putem, o tome šta je pogriješio, netačno izračunao ili ostavio nepopunjeno u obrascu koji je takođe dostupan u elektronskoj formi. To znači da je odgovarajuća pravna norma morala biti prethodno preobražena, tako da je računarski sistem razumije i može da primijeni. U literaturi koja se bavi odnosom informacionih tehnologija i prava, koja je u nekim aspektima izgledala življe prije dvadeset godina nego danas, ovaj preobražaj naziva se „reformatizacija“. To je postupak kojim se pravo „kao jedan formalni sistem prevodi u odgovarajuća matematička pravila koja predstavljaju drugi formalni sistem.“⁴⁰ Podzakonskim aktima propisuje se, zaista, sadržaj obrazaca i izgled akata, ali može se konstatovati da „ne postoje pravne norme koje regulišu postupak 'reformatizacije' prava, sa formalnopravnog gledišta u postupku donošenja upravnih akata putem računara gubi se formalno-pravni kontinuitet između zakona i 'automatskog' rešenja. Time se dovodi u pitanje legitimitet ovakvih pravnih akata.“⁴¹ Bilo kakav pokušaj traganja za pravdom, posredstvom pravičnosti, u ovako uređenim postupcima naišao bi na barem dvije velike prepreke. Prva prepreka je postojeća formalnost prava i pravne norme, ali druga izgleda još veća, a to je formalnost programiranja i izvjesna autonomnost koju imaju stručnjaci u oblasti informacionih tehnologija.

Sva umnost i napor pravne teorije u proteklim stoljećima bili su usmjereni na prevazilaženje jaza koji forma može da napravi između pozitivnog prava i

³⁹ Takva pravila, na primjer, propisana su u čl. 5 Pravilnika o poreskoj prijavi za porez po odbitku, *Službeni glasnik RS*, br. 74/2013, 118/2013, 66/2014, 71/2014 – ispravka, 14/2016, 21/2017, 20/2018, 104/2018, 96/2019 i 132/2021.

⁴⁰ Predrag Dimitrijević, *Pravo informacione tehnologije*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2011, 135.

⁴¹ *Ibidem*, 136.

pravednog prava. Čini se da smo, zbog nesumnjivih prednosti i pogodnosti u olakšavanju obrade velike količine podataka i svakodnevnih ponavljajućih radnji, stvorili novi sistem formi koji daleko manje razumijemo kao pravници, a od koga sve više zavisimo. Naša zavisnost je tim veća što pred sobom, kao stranka u postupku, nemamo čovjeka koji vodi postupak i izvršava radnje, koji bi barem hipotetički mogao da ima sluha za potrebe pravednosti, nego elektronski portal koji odbija da zaprimi naš podnesak jer njegov algoritam pokazuje da nismo izvršili unos sabrazan programskom kodu. Uprkos tome što pojam pravde skoro po pravilu nije izričito naveden kao supsidijarni izvor prava u domaćim zakonima, sudovi su, u različitim oblastima, ipak izričito primjenjivali ustanovu pravičnosti u određenim slučajevima,⁴² čak postupajući *contra legem*.⁴³ Automatizovani postupak donošenja poreskog akta, ili radnji koje prethode donošenju poreskog akta, sasvim sigurno nije i neće biti u stanju da tako postupi. On, zaista, dovodi do veće sigurnosti, brzine i ugodnosti postupka, s jedne strane, ali i do potencijalno izuzetno velike nepravednosti u određenim okolnostima i slučajevima, s druge strane. Zbog toga je vrlo teško, ako ne i nemoguće, iznijeti nedvosmislen vrijednosni sud po ovom pitanju.

ZAKLJUČAK

Pravednost i pravičnost u poreskom pravu nisu terminološki prepoznati, ali suštinski jesu. Međutim, dio postojećih nesporazuma u pogledu istinske primjene pravičnosti u poreskom pravu potiče upravo od okolnosti da je nastao prekid u naučnoj misli o ostvarenju i konkretizaciji pravde kroz pravičnost. Osnovnu hipoteza rada – da dosljedna primjena i dominacija poreskog načela zakonitosti uz primjenu restriktivnog tumačenja znatno ograničavaju mogućnost prilagođavanja opšte pravne norme posebnostima svakog pojedinačnog slučaja – djelimično smo potvrdili. Naime, pored toga, ukazala se jedna prostrana oblast poreskopравnih odnosa u kojima je suštinski prisutno traganje za pravdom kroz pravičnost, a to je oblast nelegitimne zakonite poreske evazije. Stranom terminologijom i zasebnim metodološkim prisupom ovdje je zamagljena veza sa suštinski istim pitanjem koje se proteže kroz vaskoliko pravo, a to je pitanje kako razlikovati pravedno od nepravednog u pojedinačnom životnom događaju i pravnoj situaciji. Zbog te zamagljenosti nije tako očita veza na koju ukazujemo, a za koju vjerujemo da bi mogla da pruži prijeko potrebna pojašnjenja teoriji i praksi poreskog prava u borbi sa nelegitimnom zakonitom poreskom evazijom.

⁴² K. Čavoški, op. cit., 257–261.

⁴³ Saša Bovan, „Contra legem judiciranje – Pandorina kutija pravne hermeneutike“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2012, 113–115.

Drugu hipotezu – na ostvarenje načela pravičnosti u poreskom postupku i poreskom upravnom sporu značajnu i ograničavajuću ulogu ima uvođenje digitalizacije i elektronske forme – vjerujemo da smo potvrdili. Naravno, za upuštanje u procjenu obima uticaja koju digitalizacija ima na ostvarenje načela pravednosti kroz pravičnost u poreskim stvarima, potrebne su posebne i obimne studije. Naš osnovni cilj, svrha ovog rada, jeste vraćanje izvornoj terminologiji, što bi omogućilo razmjenu misli i zaključaka o ostvarenju pravednosti između poreskoppravne nauke i drugih grana pravne nauke.

Dr. ĐORĐE MARILOVIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of East Sarajevo

JUSTICE IN TAX MATTERS

Summary

The quest for the existence of justice in tax matters rests upon the assumption that there is a difference between justice and equity. Justice, which is in nature rather general and related to norm enactment, takes its final form and manifestation in enforcement and application of the norm, through equitable adaptation to an individual real event. Tax matters are addressed and decided on in a special administrative procedure, tax procedure, while the judicial control is exercised in judicial review of administration. Strict implementation of the principle of the legality of taxation, as well as constant endeavor to achieve ever more precise tax determination, leave little room for the competent authority to exercise discretion in the proceedings. Unlike numerous examples of determining various obligations in other legal areas, where the law prescribes the minimum and maximum, and in which the competent authority has to establish and determine equitable amount within the offered range, tax law offers almost no possibility for such action. In this paper, the relation between legality, justice and equity in tax matters is analyzed, based on presupposed distinction of justice and equity, and on the hypothesis that equity is less expressed and relied upon in tax law than in other areas of law.

Key words: justice, equity, tax, legal procedure, principle

Literatura

- Anđelković M., „Pravednost oporezivanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 19, Niš, 1979.
- Basta D., „Pohvala jednoj doslednosti“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Beograd, 1993.
- Bovan S., „Contra legem judiciranje – Pandorina kutija pravne hermeneutike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2012.
- Čavoški K., *O pravdi i pravičnosti*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2017.
- Čavoški K., Vasić R., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2006.

- Dimitrijević M., „Pravičnost i aktuelno modeliranje poreskih sistema u svetu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, Niš, 2015.
- Dimitrijević M., „Refleksije pravičnosti u sferi savremenog oporezivanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 91, Niš, 2021.
- Dimitrijević P., *Pravo informacione tehnologije*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2011.
- Gadžo S., „Prilog istraživanju sadržaja načela pravednosti kao kriterija evaluacije normi međunarodnog poreznog prava“, *Pravni vjesnik*, br. 2, Osijek, 2015.
- Ilić-Popov G., „Odlaganje plaćanja poreskog duga u srpskom poreskom sistemu“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2017.
- Jelčić, Ba., *Javne finansije*, RriF-plus za nakladništvo i poslovne usluge, Zagreb, 2001.
- Jelčić, Bo. *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998.
- Kesner-Škreb M., „Pravednost poreza“, *Financijska teorija i praksa*, br. 3, Zagreb, 2002.
- Kostić S., „Načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu“, *Harmonius*, br. 1, Beograd, 2016.
- Marković B., „Odnosi između pozitivnog i pravednog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3, Beograd, 1991.
- Marković B., „Pravičnost kao izvor prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1, Beograd, 1939.
- Perović S., „Prirodno pravo i dostojanstvo“, *Pravni život*, br. 9, tom I, Beograd, 2013.
- Popović D., Ilić-Popov G., „Jednakost građana u poreskom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 33, Banja Luk, 2011.
- Popović D., *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI – Savremena administracija, Beograd–Budimpešta, 1997.
- Popović D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- „Pravda“ i „Pravičnost“, *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979.
- Van Den Hauwe L., „German Income Tax Policy Between Equity and Efficiency“, *European Journal of Law and Economics*, No. 3, 1998.
- Waerzeggers C., Hillier C., „Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR) – Ensuring that a GAAR achieves its purpose“, *Tax Law IMF Technical Note*, No. 1, 2016.

VREMENSKO VAŽENJE PORESKOG KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA

U ovom radu autor se bavi pitanjem vremenskog važenja krivičnog zakonodavstva, ali sa naglaskom na tzv. sporedno krivično zakonodavstvo. Naime, ispitivaćemo posledice izmena poreskog materijalnog zakonodavstva na polju kaznenog postupka koji se vodi povodom poreskog krivičnog dela ili poreskog prekršaja sa blanketnom dispozicijom. Isto tako, osvrnućemo se ukratko na kaznena pravila koja se tiču vremenskog važenja krivičnog, odnosno prekršajnog prava. Na kraju, pokušavamo da, primenom metode sinteze, ukažemo na potrebu da se u dugotrajnim krivičnim ili prekršajnim postupcima koji za predmet imaju poreski delikt uoči potreba za uvažavanjem izmena do kojih je došlo u poreskom materijalnom zakonodavstvu nakon učinjenog poreskog delikta. Poreski zakonodavac veliki značaj pridaje vremenskoj komponenti poreskog prava i pravi razliku između pravila o primeni poreskog materijalnog prava i poreskog procesnog prava. Zato u ovom radu zastupamo stav da, iako bi promena poreskog materijalnog prava nakon izvršenog poreskog delikta mogla dovesti do primene povoljnijeg zakona u kaznenom postupku i oslobađajuće sudske odluke, to ne znači da porez neće biti utvrđen i da poreski obveznik neće imati obavezu da utvrđeni poreski dug plati. Rečju, budžet je zaštićen poreskim pravilima i nema razloga da se naknadna promena poreskog zakonodavstva ne tumači u korist okrivljenog.

Ključne reči: vremensko važenje, poresko pravo, blaži zakon

U V O D

Krivičnopravna nauka deli celo krivično zakonodavstvo na osnovno i na sporedno. Osnovno krivično zakonodavstvo sadržano je u Krivičnom zakoniku¹ i Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti

Dr Minja Đokić, samostalni poreski savetnik i advokat, e-mail: minja.djokic@taxhouse.rs.

¹ Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. br. 85/2005... 35/2019.

maloletnih lica,² dok je sporedno krivično zakonodavstvo obuhvaćeno kaznenim odredbama propisa koji uređuju različite oblasti.³ Imajući tu doktrinarnu poddelu u vidu, pod pojmom poreskog krivičnog zakonodavstva podrazumevamo zakone iz oblasti poreske materije koji sadrže definiciju kaznenog dela (poreskog krivičnog dela ili poreskog prekršaja), ili, pak, sadrže materijalno pravnu odredbu poreskog prava koja je relevantna za celovito razumevanje blanketnog poreskog krivičnog dela kao što je, primera radi, poreska utaja.⁴

Pravila o vremenskom važenju prava važna su zbog ispravne primene kako materijalnog, tako i procesnog prava. U ovom radu se bavimo analizom posledica promene poreskog zakonodavstva, sa naglaskom na materijalno pravne efekte tih promena do kojih je došlo *nakon* izvršenja poreskog delikta (poreskog krivičnog dela ili poreskog prekršaja).

U poreskom pravu vremenska komponenta ima poseban značaj imajući u vidu da se u zavisnosti od toga da li je reč o poreskom procesnom pravilu, ili o poreskom materijalnom pravilu, primenjuju različiti principi. Zato ćemo se najpre osvrnuti na te specifičnosti, a zatim ćemo, ukratko, izložiti primenu pravila o vremenskom važenju krivičnog zakonodavstva u sudskoj praksi.

VREMENSKO VAŽENJE PORESKOG MATERIJALNOG PRAVA

Kada govorimo o primeni poreskog materijalnog prava tu, pre svega, imamo u vidu poreska pravila koja se primenjuju u pravcu utvrđivanja poreske obaveze. U tom pogledu, valja naglasiti značaj vremenske komponente u poreskom pravu što se može videti (i) iz činjenice da jedna od doktrinarnih podela poreza počiva na trajnosti poreske obaveze. Reč je o *periodičnim* i *nepperiodičnim* porezima.⁵

² Službeni glasnik RS, br. 85/2005.

³ Zoran Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2017, 6–7.

⁴ KZ, čl. 225. Poresku utaju čini onaj ko u nameri da on ili drugo lice potpuno ili delimično izbegne plaćanje poreza, doprinosu ili drugih propisanih dažbina, daje lažne podatke o stećenim prihodima, o predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza ili ko u istoj nameri, u slučaju obavezne prijave, ne prijavi stećeni prihod, odnosno predmete ili druge činjenice koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza ili ko u istoj nameri na drugi način prikriva podatke koji se odnose na utvrđivanje navedenih obaveza, a iznos obaveze čije se plaćanje izbegava prelazi milion dinara. Da bismo, primera radi, utvrdili kada postoji obaveza podnošenja (poreske) prijave, ili ko je u obavezi da prijavi stećeni prihod (da li poreski obveznik ili poreski platac, da li rezidentni poreski obveznik ili, pak, stalna poslovna jedinica nerezidentnog poreskog obveznika i sl.) neophodno je konsultovati relevantan poreski propis.

⁵ Gordana Ilić-Popov, „Porezi i njihove vrste“, *Pravni i računovodstveni aspekti poreskog savetovanja* (ur. Gordana Ilić-Popov), Beograd, 2012, 52. Autorka navodi da je kod periodičnih poreza

S obzirom na to da nastanak poreske obaveze podrazumeva da je nastupio životni događaj koji se može podvesti pod zakonski opis poreskog činjeničnog stanja, u nuci poreskog prava se naglašava da je kod periodičnih poreza potrebno razlikovati *predmet* poreske obaveze – poreski dug – koji nastaje periodično (godišnje, tromesečno, mesečno ili češće) i gasi se prilikom svakog ispunjenja.⁶ Ovo razlikovanje se u brojnim poreskim zakonima ne pravi, tako da se sintagma „nastanak poreske obaveze“ koristi da bi označila baš nastanak poreskog duga.⁷

Momenat nastanka poreske obaveze određuje se za svaki porez pojedinačno, a opšte pravilo glasi da se poreska obaveza utvrđuje na osnovu propisa koji su bili na snazi u vreme njenog nastanka.⁸ To znači da, bez obzira na činjenicu što se poresko materijalno pravilo naknadno promeni, poreska obaveza će biti utvrđena prema poreskom pravu merodavnom u momentu njenog nastanka što je trenutak koji zavisi od svakog konkretnog poreza.

VREMENSKO VAŽENJE PORESKOG PROCESNOG PRAVA

Poreski postupak smatra se posebnom vrstom upravnog postupka, nasuprot opštem upravnom postupku, koji uređuje proces utvrđivanja, naplate i kontrole javnih prihoda, prava i obaveza poreskih obveznika, registraciju poreskih obveznika i poreska krivična dela i prekršaje.⁹ Naime, Zakon o opštem upravnom postupku dozvoljava odstupanja od opštih pravila upravnog postupka ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi za to.¹⁰ Reč je o četiri kumulativno postavljena uslova: (1) da su posebna pravila odraz „specifične prirode“ upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima i da su, zbog toga, neophodna u toj materiji; (2) odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka mogu se činiti jedino zakonom; (3) posebne upravnopravne norme moraju biti u saglasnosti sa osnovnim

poreska obaveza trajne prirode, odnosno kada jednom nastane, ona traje više godina (npr. porez na zarade). Kod neperiodičnih poreza poreska obaveza se pojavljuje s vremena na vreme, a plaćanjem poreskog duga istovremeno prestaje i poreska obaveza (npr. porez na prenos apsolutnih prava).

⁶ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 126.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002... 96/2021, čl. 5, st. 1. Samo izuzetno se Ustavom i zakonom, za pojedine odredbe može predvideti da imaju povratno dejstvo. Opšte pravilo o tome koji poreski zakon je merodavan za utvrđivanje poreske obaveze ima posebni značaj u ovom radu, o čemu će više reči biti u nastavku.

⁹ ZPPPA, čl. 1, st. 1.

¹⁰ ZUP, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 3, st. 2.

načelima ZUP-a; (4) posebnim zakonom se ne sme ići ispod praga zaštite prava i interesa stranaka koja postavlja ZUP.¹¹

Kada je o poreskom postupku reč, uslovi ustanovljeni ZUP-om su ispunjeni te je korpus poreskih procesnih pravila uređen u ZPPPA. U skladu sa tim zakonom, radnje u poreskom postupku regulisane su propisima koji su na snazi u vreme kada se preduzimaju.¹² Primera radi, u periodu od do 4. jula 2014. do 31. decembra 2015. na snazi je bila odredba ZPPPA prema kojoj se na penalno uvećanje celokupnog poreskog duga koji je predmet prinudne naplate, za 5%, na dan početka postupka prinudne naplate, nije obračunavala kamata.¹³ Međutim, počev od 1. januara 2016. na uvećanje poreskog duga koji u sebi ne sadrži kamatu i koji je predmet prinudne naplate, za 5%, na dan početka postupka prinudne naplate, obračunava se kamata.¹⁴ Drugim rečima, prinudna naplata poreskog duga koja je otpočela od 1. januara 2016. predviđa takvo pravilo postupka da se na jednokratno penalno uvećanje poreza obračunava kamata, što ranije nije bio slučaj.

VREMENSKO VAŽENJE KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA

Prema KZ-u, ukoliko je posle izvršenja krivičnog dela izmenjen zakon, jednom ili više puta, primeniće se *zakon (prim. aut.)* koji je najblaži za učinioca.¹⁵ Reč je o primeni izuzetka zabrane retroaktivnosti koji je propisan Ustavom Republike Srbije.¹⁶ Isti je slučaj i kod prekršaja, budući da se, ukoliko je posle učinjenog prekršaja jednom ili više puta izmenjen propis, primenjuje *propis* koji je najblaži za učinioca.¹⁷

U praksi se javlja dilema oko tumačenja pojma *zakon* odnosno *propis* iz napred citiranih odredbi KZ-a i ZOP-a. Naime, postavlja se pitanje da li je reč samo o izmenama KZ-a, odnosno ZOP-a, izmenama osnovnog krivičnog zakonodavstva, ili je, pak, reč o bilo kojoj izmeni krivičnog zakonodavstva i to kako osnovnog, tako i sporednog. Ukoliko se pojam *zakon* odnosi i na sporedno krivično zakonodavstvo,

¹¹ Zoran Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2022, 113–114.

¹² ZPPPA, čl. 5, st. 3.

¹³ ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002... 91/2015 – autentično tumačenje, čl. 78, st.1, tač. 3.

¹⁴ ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002... 112/2015. V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 413-00-107-1/2017-04 od 21. juna 2017.

¹⁵ KZ, čl. 5, st. 2.

¹⁶ Ustav Republike Srbije, čl. 34, st. 2 propisuje da se kazne određuju prema propisu koji je važio u vreme kad je delo učinjeno, izuzev kad je kasniji propis povoljniji za učinioca. Krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom.

¹⁷ Zakon o prekršajima – ZOP, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013... 91/2019 – dr. zakon, čl. 6, st. 2.

onda se nameće i jedno dodatno pitanje – na izmenu kojih normi sporednog krivičnog zakonodavstva se odnosi institut primene blažeg zakona? Da li samo na odredbe koje definišu radnje izvršenja poreskih krivičnih dela i prekršaja, ili, pak, i na materijalno pravne odredbe sporednog krivičnog zakonodavstva, odnosno poreskog propisa koji sadržinski uređuje prava i obaveze u poreskopravnom odnosu (npr. poresku stopu, način utvrđivanja poreske osnovice, obavezu podnošenja poreske prijave, određivanje poreskog obveznika, obavezu prijavljivanja prihoda, imovine i drugih činjenica od značaja za oporezivanje, vođenje poslovne evidencije, vršenje popisa i procene vrednosti i sl.)? Odgovor na ovo pitanje je značajan zbog toga što, kao što smo napred pomenuli, poreski delikti sadrže blanketnu dispoziciju – tj. upućuju na primenu materijalnog poreskog propisa.

Domaća krivičnopravna doktrina je načelno u konsenzusu da iako čl. 5 KZ-a koristi pojam *zakon*, „pod tim se podrazumeva celokupno materijalno krivično pravo, kako osnovno tako i sporedno“.¹⁸ Sem toga, u krivičnopravnoj literaturi se zastupa stanovište da „kod vremenskog važenja promena nekrivičnopravnih normi kojima se ispunjava biće krivičnog dela može učiniti samu krivičnopravnu normu blažom i treba je kao takvu, tj. *ispunjenu tim novim sadržajem (prim. aut.)*, primeniti.¹⁹

Ispitajmo, na trenutak, pojedina stanovišta srpskih sudova po ovom pitanju. U sudskoj praksi se promena krivične norme kojom se, nakon izvršenja krivičnog dela, povećava objektivni uslov inkriminacije, pri čemu se radnjom okrivljenog ispunjava prethodno važeći niže postavljeni objektivni uslov kažnjivosti (ne i novi – viši), tumači kao situacija u kojoj blaža primena zakona podrazumeva donošenje oslobađajuće presude.²⁰ Naime, u jednom slučaju je u momentu donošenja presude na snazi bila odredba KZ-a koja je kao objektivni uslov inkriminacije kod krivičnog dela poreska utaja predviđala 150.000 dinara.²¹ Međutim, došlo je do promene zakona tako da je objektivni uslov inkriminacije povećan na 500.000 dinara.²² Odlučujući o žalbi odbrane, izjavljenoj zbog toga što iznos poreza čije se plaćanje izbegava sada ne dostiže (novi) objektivni uslov inkriminacije, drugostepeni sud je tu žalbu usvojio uz argument da iznos poreza čije se plaćanje izbegava ne prelazi iznos od 500.000 dinara i da se zato „u radnjama okrivljenog ne stiču elementi

¹⁸ Igor Vuković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 33.

¹⁹ Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2017, 75–76.

²⁰ Više o opravdanosti propisivanja fiksnih novčanih iznosa kao objektivnih uslova inkriminacije v. u: I. Vuković, „Novčani iznosi kao obeležja krivičnih dela“, *Intermex*, Beograd, septembar 2014, 521.

²¹ KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005... 108/2014, čl. 229, st. 1.

²² KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016, čl. 225, st. 1.

krivičnog dela poreska utaja iz čl. 225, st. 1 KZ“.²³ Kada je reč o naknadnom povećavanju objektivnog uslova inkriminacije, srpski sudovi su dosledni u tome da ukoliko okrivljeni svojim radnjama ne dostiže novi, viši, iznos poreza čije se plaćanje izbegava – blaži je onaj zakon koji propisuje viši uslov kažnjivosti ukoliko on nije dostignut i okrivljeni se oslobađa optužbe.²⁴ Takođe, ukoliko se nakon izvršenja krivičnog dela krivični zakon promeni tako da novi zakon propisuje veću kaznu – primenjuje se zakon koji propisuje nižu zaprećenu kaznu.²⁵

Međutim, od naročitog značaja je stanovište da je „blaži onaj zakon koji u *celoj svojoj primeni* dovodi u povoljniji položaj okrivljenog“.²⁶ U vezi sa tim, u praksi prekršajnih sudova može se pronaći stav da su materijalne odredbe poreskih propisa „dispozicija za primenu kaznenih odredbi ZPPPA“²⁷ što govori u prilog hipotezi da je poresko materijalno pravo sastavni deo krivične norme koja definiše određeni poreski delikt. Čini se da je jurisprudencija u saglasnosti sa doktrinom kada je reč o tumačenju pojma *zakon* odnosno *propis* i da ih treba tumačiti kao celokupno krivično i prekršajno zakonodavstvo.

PRAVNI EFEKAT PROMENE PORESKOG MATERIJALNOG PROPISA NA PRIMENU PRAVILA O VREMENSKOM VAŽENJU KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA

U ovom odeljku rada ćemo pokušati da napravimo sintezu svega što je prethodno navedeno, kako bismo izveli zaključak o posledicama koje promena poreske materijalne norme može da proizvede u krivičnom i prekršajnom postupku.

Naime, promene poreskih propisa mogu biti različite vrste, pa je zbog toga u opticaju veliki broj mogućnosti kao što su promena poreskih stopa, načina utvrđivanja poreske osnovice, određivanje predmeta oporezivanja²⁸ ili poreskog obveznika²⁹ itd.

²³ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž3. br. 17/2018 od 7. septembra 2018.

²⁴ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz. br. 35/2011 od 18. maja 2011.

²⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 591/2005 od 15. novembra 2005; Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1. br. 951/2019 od 17. decembra 2019.

²⁶ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1. br. 854/2018 od 11. septembra 2018.

²⁷ Presuda Prekršajnog apelacionog suda Prž. br. 1995/2015 od 27. avgusta 2015.

²⁸ Sa poreskopavnog stanovišta, poreski objekat predstavlja činjenice čijim pojavljivanjem, odnosno podvođenjem pod zakonski opis poreskog činjeničnog stanja, nastaje poreska obaveza. V. D. Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 237.

²⁹ Nasuprot tome, počev od 1. januara 2022. obveznik poreza na prenos apsolutnih prava na upotrebljavanom motornom vozilu je kupac, odnosno sticalac apsolutnog prava. V. čl. 25, st. 4 ZPI, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2001... 118/2021.

Mi ćemo u nastavku analizirati situacije u kojima dolazi do promene načina utvrđivanja poreske osnovice i promene predmeta oporezivanja. Ukazaćemo na neke specifičnosti tih situacija i na efekte koje one mogu prouzrokovati na tok krivičnog i prekršajnog postupka koji se vode povodom poreskog delikta.

Promena načina utvrđivanja poreske osnovice

Uticao koji promena načina utvrđivanja poreske osnovice može imati na primenu pravila o vremenskom važenju krivičnog zakonodavstva možemo analizirati na primeru prihoda koji su fizička lica (koja nisu registrovani kao preduzetnici i ne obavljaju registrovanu samostalnu delatnost) ostvarivala po osnovu periodičnih usluga (tzv. frilenseri). Naime, ti prihodi su do 31. decembra 2021. bili su oporezovani jednim od cedularnih poreza na dohodak građana (porezom na ostale druge prihode) po proporcionalnog poreskoj stopi od 20% koja se primenjivala na porešku osnovicu koju je činio njihov bruto prihod.³⁰ Međutim, izmenama ZPDG³¹, počevši od 1. januara 2022, porez na prihode po osnovu ugovorene naknade od autorskih i srodnih prava i ugovorene naknade za izvršeni rad ostvaren u periodu od 1. januara 2015. zaključno sa 31. decembrom 2022. se ne plaća na te prihode u visini do 384.000,00 dinara godišnje (neoporeziv iznos), dok se na prihode preko neoporezivog iznosa priznaju normirani troškovi u visini od 50% ostvarenog prihoda.³² To znači da je „frilenser“ koji je blagovremeno podneo poresku prijavu za ostali drugi prihod u nepovoljnijem poreskopravnom položaju od „frilensera“ koji podnosi poresku prijavu za prihode po osnovu ugovorene naknade od autorskih i srodnih prava i ugovorene naknade za izvršeni rad. Prvopomenutom je, po pravilu, nominalno poresko opterećenje bilo veće.

Ukoliko zamislimo primer da je Poreska uprava u poreskoj kontroli izvršenoj pre 1. januara 2022. utvrdila da je fizičko lice u periodu od 1. januara 2015. do momenta poreske kontrole ostvarilo prihode baveći se pružanjem periodičnih usluga (npr. usluga iz oblasti programiranja ili održavanja računarskih programa i veb-sajtova), odnosno kao „frilenser“, pa mu je po tom osnovu utvrdila poresku

³⁰ V. Zakon o porezu na dohodak građana – ZPDG, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2001... 10/2022 – usklađeni din. izn., čl. 85.

³¹ *Službeni glasnik RS*, br. 44/2021 i 118/2021.

³² V. ZPDG, čl. 5[s15]. Predmet oporezivanja su naknade po navedenim osnovama, pod uslovom da nije: 1) nastupila zastarelost utvrđivanja poreske obaveze u skladu sa propisima koji su bili na snazi u momentu ostvarivanja prihoda, ili 2) pravosnažno okončan postupak utvrđivanja poreske obaveze, ili 3) pre stupanja na snagu tog zakona plaćena poreska obaveza u skladu sa propisima koji su bili na snazi na dan nastanka poreske obaveze.

obavezu koja prelazi milion dinara, a protiv tog fizičkog lica je podneta i krivična prijava zbog sumnje da je izvršilo krivično delo poreska utaja nepodnošenjem poreske prijave iako je to zakonska obaveza³³ – otvara se pitanje vremenskog važenja poreskog krivičnog zakonodavstva.

Naime, budući da je nakon izvršenja krivičnog dela poreska utaja, radnjom izvršenja nepodnošenja poreske prijave iako je to bila zakonska obaveza, došlo do promene načina na koji se utvrđuje poreska osnovica za tu vrstu prihoda (umesto oporezivanje bruto prihoda proporcionalnom poreskom stopom od 20%, sada postoji godišnji neoporezivi iznos od 384.000.00 dinara a na oporezivi dohodak se priznaju normirani troškovi u visini od 50% ostvarenog prihoda), primena blažeg zakona bi mogla podrazumevati da se u krivičnom postupku izvrši ekonomsko finansijsko veštačenje koje bi imalo za cilj da poresku osnovicu utvrdi primenom novih kriterijuma. Ukoliko bi na tako utvrđenu poresku osnovicu, primenom proporcionalne poreske stope od 20%, iznos poreskog duga bio manji od objektivnog uslova inkriminacije došlo bi se do zaključka da je za okrivljenog blaži novi poreski zakon (koji bi morao da se primeni kao sadržinski i neodvojivi deo norme blanketnog krivičnog dela poreska utaja).

Promena predmeta oporezivanja

Na jednom krivičnom predmetu, koji je privukao pažnju kako stručne tako i naučne javnosti, mogli bismo ispitati efekte promene poreskog propisa u pogledu predmeta oporezivanja.

Naime, nerezidentno privredno društvo „A“ kupilo je akcije rezidentnog privrednog društva „B“. Nerezidentno privredno društvo „A“ je, zatim, te akcije unelo kao nenovčani ulog u rezidentno privredno društvo „C“ (filijalu nerezidentnog privrednog društva „A“). Na kraju, rezidentno privredno društvo „C“ je 2008. akcije prodalo rezidentnom privrednom društvu „D“. Postavilo se pitanje odgovornosti rezidentnog privrednog društva „C“ zbog nepodnošenja poreske prijave za porez po odbitku na kapitalni dobitak nerezidentnog privrednog društva „A“.³⁴

³³ Porez na ostali drugi prihod se utvrđuje samooporezivanjem. V. ZPDG čl. 100a, st. 1, tač. 2, podtač. 3.

³⁴ Nerezidentno privredno društvo „A“ je akcije rezidentnog privrednog društva „B“ steklo po ceni od 632.286.536,00 dinara. Zatim je nerezidentno privredno društvo „A“ donelo odluku o povećanju osnovnog kapitala njegove filijale, rezidentnog privrednog društva „B“, u čiji osnovni kapital su unete prethodno stečena akcije. Na kraju, rezidentno privredno društvo „B“, filijala nerezidentnog privrednog društva „A“, te akcije prodaje rezidentnom privrednom društvu „D“. Prema navodima iz optužnice, na taj način je nastao kapitalni dobitak nerezidentnog privrednog društva „A“ u visini od 320.272.803,34 dinara. V. presudu Apelacionog suda u Beogradu, KŽ1-Po1-30/2019 od 24. decembra 2021.

Problem se sastoji u sledećem: Zakon koji je važio u momentu nastanka poreski relevantnog događaja (2008) nametao je porez po odbitku srpskom rezidentu za prihod koji po osnovu kapitalnog dobitka ostvaruje nerezident.³⁵ U međuvremenu, zakon je promenjen tako da se porez po odbitku ne nameće za kapitalne dobitke koje u transakciji sa nerezidentom ostvaruje srpski rezident.³⁶ Do promene propisa je došlo 2010, poreska kontrola rezidentnog obveznika privrednog društva „C“ odigrala se 2012, a sudski proces je otpočeo 2015. godine.

U ovom članku se nećemo baviti pitanjem da li je uopšte postojala obaveza podnošenja poreske prijave za porez po odbitku na kapitalne dobitke,³⁷ već isključivo dilemom od kakvog je uticaja naknadna promena poreskog propisa na postojanje krivičnog dela poreske utaje učinjene radnjom izvršenja nepodnošenja poreske prijave iako je to bila zakonska obaveza.³⁸

Počnimo, najpre, od vremenskog važenja poreskog materijalnog prava. Kao što je prethodno rečeno, u trenutku nastanka poreske obaveze (2008) na snazi je bio ZPDP koji je propisivao obavezu rezidenata da podnesu poresku prijavu i da po odbitku plate porez na kapitalne dobitke nerezidenta po proporcionalnoj poreskoj

³⁵ Zakon o porezu na dobit preduzeća – ZPDP, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2001... 84/2004, čl. 40 propisivao je sledeće: „Na prihode koje ostvari nerezidentni obveznik od rezidentnog obveznika po osnovu dividendi i udela u dobiti u pravnom licu, autorskih naknada, kamata, *kapitalnih dobitaka* i naknada po osnovu zakupa nepokretnosti i pokretnih stvari, obračunava se i plaća porez po odbitku po stopi od 20%, ako međunarodnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja nije drukčije uređeno.“

³⁶ Zakon o porezu na dobit pravnih lica ZPDPL, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2001... 18/2010, koji je stupio na snagu 27. marta 2010. u čl. 40 propisivao je sledeće: „Na prihode koje ostvari nerezidentni obveznik od rezidentnog obveznika, po osnovu dividendi i udela u dobiti u pravnom licu, naknada po osnovu autorskog i srodnih prava i prava industrijske svojine (u daljem tekstu: autorska naknada), kamata i naknada po osnovu zakupa nepokretnosti i pokretnih stvari, na teritoriji Republike, obračunava se i plaća porez po odbitku po stopi od 20%, ako međunarodnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja nije drukčije uređeno.“

³⁷ U skladu sa mišljenjem Ministarstva finansija i ekonomije RS, br. 430-07-306/2002-04 od 2. oktobra 2002. (merodavnom u momentu sporne transakcije), prenos imovine iz čl. 27 ZPDP u zame-nu isključivo za akcije ili vlasnički udeo u drugom pravnom licu ne smatra se prometom uz naknadu u smislu čl. 27 ZPDP. Sem toga, Priručnik Ministarstva finansija RS, Beograd, oktobar 2007, 225, takođe je sadržao objašnjenje poreskim inspektorima za postupanje u poreskoj kontroli. Prema tom objašnjenju, pravno lice koje prenosi imovinu u zamenu isključivo za akcije ili udele pravnog lica ne utvrđuje kapitalnu dobit u skladu sa čl. 27 ZPDP. Odbrana se, pored mišljenja drugih eksperata angažovanih u tom procesu, oslanjala na ove zvanične stavove Ministarstva finansija i ekonomije.

³⁸ U pitanju je jedna od tri alternativno postavljene radnje izvršenja poreske utaje pored davanja lažnih podataka o (prema tada važećoj normi) zakonito stečenim prihodima, o predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza kao i na drugi način prikri-va-nja podataka koji se odnose na utvrđivanje poreza, doprinosa ili drugih propisanih dažbina.

stopi od 20%. Porez na kapitalni dobitak je neperiodični porez, što znači da se poreska obaveza pojavljuje s vremena na vreme, a plaćanjem poreskog duga istovremeno prestaje i poreska obaveza.³⁹ To dalje znači da se za utvrđivanje poreske obaveze (poreskog duga) primenjuje materijalni poreski zakon koji je važio u momentu nastanka poreske obaveze, odnosno čl. 27 i čl. 40 ZPDP-a. Rečju, ukoliko je kapitalni dobitak nastao, a u poreskoj kontroli se utvrdi da je rezidentni poreski obveznik propustio da podnese poresku prijavu za porez po odbitku, Poreska uprava će mu utvrditi poresku obavezu i, ukoliko je obveznik dobrovoljno ne plati, prinudno naplatiti. Dakle, naknadna promena poreskog materijalnog prava ne utiče na utvrđivanje poreske obaveze, kao ni na naplatu u poreskoj kontroli utvrđenog poreza.

Pređimo, sada, na teren vremenskog važenja krivičnog zakona. Imajući u vidu to da je nakon izvršenja krivičnog dela (2008) došlo do promene poreskog propisa tako da novi propis ne nameće obavezu podnošenja poreske prijave za porez po odbitku na kapitalni dobitak koji ostvari nerezidentni obveznik (2010), Sud je primenom pravila o vremenskom važenju krivičnog zakonodavstva⁴⁰ mogao okrivljenog osloboditi optužbe. Naime, jednom od okrivljenih u prethodno pomenutom slučaju bilo je stavljeno na teret upravo to da je, propuštajući da podnese poresku prijavu za porez po odbitku na kapitalni dobitak koji ostvaruje nerezidentni obveznik, ispunio obeležja krivičnog dela poreska utaja.⁴¹ Ukoliko bi se kao blaži primenjivao zakon koji „u celoj svojoj primeni“⁴² dovodi u povoljniji položaj okrivljenog, to bi svakako bio poreski propis koji obavezu podnošenja poreske prijave za porez po odbitku na kapitalni dobitak nerezidentnog obveznika ne propisuje. Podsetimo da poreska utaja kao krivično delo sa blanketnom dispozicijom upućuje na primenu poreskog materijalnog prava. Ipak, ova argumentacija nije našla svoje mesto u pomenutom slučaju koji je privukao pažnju šire javnosti.

ZAKLJUČAK

Pravo na pravično suđenje umnogome zavisi, između ostalog, i od pravovremene primene odgovarajućeg pravila. U postupcima koji za predmet imaju poreske delikte, pravo na pravično suđenje podrazumeva simultanu primenu krivičnopravne norme koja određuje biće krivičnog dela ili prekršaja, ali i poreske materijalnopravne

³⁹ G. Ilić-Popov, 52; D. Popović, 101.

⁴⁰ KZ, čl. 5, st. 2.

⁴¹ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1-Po1-2/2017 od 6. septembra 2017; Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1-Po1-30/2019 od 24. decembra 2021.

⁴² Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1. br. 854/2018 od 11. septembra 2018.

norme koja upotpunjuje blanketnu dispoziciju odredbe KZ-a ili ZPPPA. S obzirom na činjenicu da se poreska materijalna pravila menjaju, smatramo da bi u krivičnim i prekršajnim postupcima povodom poreskih delikata trebalo o tome da se vodi računa. Naime, doktrina i sudska praksa su u načelnom konsenzusu da se pojam *zakon* odnosno *propis*, iz pravila o vremenskom važenju krivičnog i prekršajnog zakonodavstva, trebaju tumačiti kao celokupno krivično i prekršajno zakonodavstvo. To znači da se u obzir uzimaju i nekrivične norme kojima se upotpunjuje blanketna dispozicija kaznene odredbe. Promena poreskih propisa, u tom slučaju, može imati izuzetan značaj u kaznenim postupcima.

Poresko pravo vremenskoj komponenti poreskopravnog odnosa pridaje poseban značaj i pravi razliku između vremenskog važenja materijalnog poreskog prava i pravila koja uređuju poreski postupak. Predviđajući da se poreska obaveza utvrđuje prema (poreskom) zakonu koji je bio na snazi u vreme njenog nastanka poreski zakonodavac štiti budžet. Naknadna promena poreskog materijalnog prava nema efekta na utvrđivanje i naplatu poreza. Međutim, izmene poreskog zakonodavstva imaju posledice na krivični ili prekršajni postupak koji se vode povodom poreskog delikta. Jednako kao što je „nepravično učiniocu suditi na osnovu normi u čiju strogost ni sam zakonodavac više ne veruje“⁴³ (primera radi smanjivanje zaprećene kazne ili povećanje objektivnog uslova inkriminacije) smatramo da je nepravično suditi učiniocu zbog kršenja poreskih materijalnih normi koje su nakon izvršenja krivičnog dela ili prekršaja prestale da važe ili su bitno izmenjena. Ne samo da bi primena pravila o vremenskom važenju poreskog krivičnog zakonodavstva dovela do pravičnijeg kaznenog postupka, već bi značajno doprinela efikasnijem vođenju tih postupaka.

Sudska praksa u Srbiji obiluje primerima u kojima se daju obrazloženja za primenu blažeg zakona, ali je dosta skromnija kada je reč o slučajevima u kojima dolazi u obzir primena blažeg poreskog krivičnog zakona. Prilika za to se ukazala u slučaju koji je privukao značajnu pažnju šire javnosti i koji smo u ovom radu citirali, ali su akteri tog postupka propustili da argumentuju osnovanost takvog pravnog stanovišta. Umesto toga, sud je nakon višegodišnjeg procesa kao okosnicu svog obrazloženja uzeo već „tradicionalan“ argument nedostatka evazione namere kod okrivljenog.

Izmenе ZPDG-a koje su dovele do promene načina utvrđivanja poreske osnovice kod oporezivanja, *inter alia*, ugovorene naknade za izvršeni rad može biti naredna prilika da se u krivičnim postupcima koji su pokrenuti protiv tzv. frilense-*ra*“ uvaži potreba za celovitom i sveobuhvatnom primenom pravila o vremenskom važenju poreskog krivičnog zakonodavstva.

⁴³ I. Vuković, op. cit., 33.

Dr. MINJA ĐOKIĆ
Independent Tax Consultant and Attorney at Law
Belgrade

TEMPORAL VALIDITY OF TAX CRIMINAL LEGISLATION

Summary

In this paper the author is dealing with the issue of temporal validity of criminal law, but with emphasis to so called secondary criminal law. Namely, we will examine the implications of changes of tax material legislation on the criminal procedure initiated regarding tax offence containing blanket disposition. At the same time, we shall briefly look back to rules which regulate temporal validity of criminal and misdemeanor legislation. In the end we will try to apply the method of synthesis and argue that in time consuming criminal procedures regarding tax offences it is necessary to have in mind the changes in tax material legislation, which have occurred after tax offence has been committed. Tax legislator gives much significance to temporal component of tax law and makes distinction between rules on tax material law and rules on tax procedural law. Therefore, we argue that, even though changes in tax material law could lead to favorable treatment of the accused, it doesn't mean that tax will not be determined and that tax payer will not have the obligation to pay tax due. In a word, treasury is protected by tax rules and we see no reason why subsequent change in tax legislation couldn't be interpreted in favor of the accused.

Key words: temporal validity, tax law, favorable law

Literatura

- Ilić-Popov G., „Porezi i njihove vrste“, *Pravni i računovodstveni aspekti poreskog savetovanja* (ur. Gordana Ilić-Popov), Beograd, 2012.
- Popović D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2017.
- Tomić Z., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2022.
- Vuković I., „Novčani iznosi kao obeležja krivičnih dela“, *Intermex*, Beograd, septembar 2014.
- Vuković I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

E-FAKTURISANJE U SRBIJI: KRATAK OSVRT NA ZNAČAJ, UVOĐENJE I PRIMENU SA PORESKOPRAVNOG ASPEKTA

Tekst predstavlja pokušaj da se korišćenjem deskriptivnog i evaluativnog metoda pruži jasnija slika o procesu elektronskog fakturisanja u poreskopravnom kontekstu i implementaciji pravila o elektronskom fakturisanju u domaći pravni sistem. U prvom delu rada predstavljen je značaj faktura u sistemu poreza na dodatu vrednost. Drugi deo rada odnosi se na pitanja definicije i značaja elektronske fakture kao dokumenta. U trećem delu rada pruža se kratak osvrt na važeći pravni okvir elektronskog fakturisanja u Evropskoj uniji. Četvrti deo rada sadrži analizu pojedinih propisa Republike Srbije. U tom smislu, naročit naglasak stavljen je na novi Zakon o elektronskom fakturisanju Republike Srbije iz 2021. godine i Zakon o porezu na dodatu vrednost iz 2004. godine. Umesto zaključka, u petom, poslednjem delu rada, autor konstatuje da se sa stanovišta poreskog sistema valja pozdraviti namera zakonodavca u pogledu uvođenja sistema elektronskog fakturisanja.

Ključne reči: elektronska faktura, e-faktura, elektronsko fakturisanje, porez na dodatu vrednost, PDV

UVODNE NAPOMENE

Naše društvo nalazi se pred još jednom tranzicijom – tranzicijom u tzv. digitalno društvo. Premda bi se termini poput „e-bebe“, „e-vrtića“ i „e-studenta“ neupućenima (ako takvih i dalje ima) mogli pričinuti prilično orvelovskim, radi se zapravo

Vojislav Bačanin, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: vbacanin@jura.kg.ac.rs.

o fenomenima koji su postali deo naše svakodnevice i koriste se kao modeli za lakše i jednostavnije pružanje pojedinih javnih usluga. U istom ključu čini se da bi valjalo poimati i trenutno aktuelne fenomene „e-fiskalizacije“¹ i „e-fakturisanja“ – (samo) kao modele racionalnijeg i efikasnijeg zadovoljenja potreba građana za administrativnim i poslovnim uslugama. Jer, odavno je dokazano da digitalizacija i automatizacija otvaraju „perspektivu oslobađanja uprave od pretrpanosti rutinskim poslovima i stoga potpuniju orijentaciju na svoje bitne funkcije.“² Posmatrano sa aspekta poreske administracije, digitalizacija procedura i korišćenje napredne analize velikih podataka povećavaju njenu efikasnost, pojednostavljaju administriranje i obezbeđuju kvalitetniju poresku kontrolu.³ Krajnja tačka ove tendencije u oblasti oporezivanja mogla bi da bude i ona u kojoj bi „svi poreski obveznici bili povezani u sistem, a svi poreski podaci dostupni u realnom vremenu (ili u približno realnom vremenu) sa mogućnošću da obveznici sve poreze plaćaju onlajn.“⁴

Trenutno aktuelna digitalna transformacija prihvaćena je kao strateški nacionalni cilj. Uvođenjem onlajn fiskalizacije⁵ i sistema elektronskog fakturisanja u Republici Srbiji trebalo bi da se postave osnove za pretežnu digitalizaciju finansijskog poslovanja i ostvarenje punih efekata reformskih antievazivnih mera poreske politike. Kako bi se postigli ovakvi rezultati, „nužno je suočavanje sa čitavim repertoarom preduslova“⁶ među kojima su i oni koji se tiču jasno postavljenih sistemskih pravila.

Dugonajavljivani Zakon o elektronskom fakturisanju stupio je na snagu u maju 2021. godine.⁷ Predstavnici izvršne vlasti ističu da će ovaj zakon, kao sastavni

¹ Korišćenje fiskalnih kasa koje prenose podatke poreskoj administraciji o svakom izdatom računu u trenutku njihovog izdavanja ili neposredno nakon toga (OECD, *Implementing Online Cash Registers: Benefits, Considerations and Guidance*, OECD Publishing, Paris, 2019, 12).

² Eugen Pusić, *Nauka o upravi, Knj. 1, Uvodna pitanja: Uprava u društvu: Uprava kao ljudska djelatnost*, Pravni fakultet, Zagreb, 1986, 50.

³ V. više: Marina Dimitrijević, „Poreska administracija u vremenu informaciono-tehnološkog napretka“, *Liber Amicorum: zbornik radova u čast profesora emeritusa Dejana Popovića* (ur. Gordana Ilić-Popov), Beograd, 2021, 131–141.

⁴ Goran Pitić, Goran Radosavljević, Mihajlo Babin, Miloš Erić, „Digitalization of the Tax Administration in Serbia“, *Ekonomika preduzeća*, br. 1–2, Beograd, 2019, 133.

⁵ Iako kreatori fiskalne politike i značajan deo stručne javnosti prilično optimistično promovišu aktuelna legislativna rešenja, pojedine društvene grupe već su vaninstitucionalno zahtevale promene (v. „Pijačni prodavci blokirali beogradsku Slaviju, gužve u saobraćaju“, <https://beta.rs/beforepost/beforepost/162232-kolona-pijacnih-prodavaca-stigla-do-terazijskog-tunela>, 29. 6. 2022).

⁶ Milivoje Lapčević, „Kompatibilnost reforme poreske administracije sa postulatima „novog javnog menadžmenta“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2016, 272.

⁷ Zakon o elektronskom fakturisanju, *Službeni glasnik RS*, br. 44/21; Ubrzo potom, usvojeni su i prateći podzakonski akti, set tehničke dokumentacije i uputstava za primenu i srpski standard

deo strukturnih reformi koje imaju za cilj značajan uticaj na poboljšanje poslovnog ambijenta u Srbiji, doprineti suzbijanju sive ekonomije, povećanju naplate PDV-a, smanjenju PDV jaza i unapređenju i automatizovanju procesa poreske kontrole.⁸ Slične afirmativne stavove dele i autori objavljenih priručnika za primenu sistema elektronskog fakturisanja u Srbiji. Oni, između ostalog, navode da se radi o aktu kojeg karakterišu „inovativnost i savremenost“⁹ i čija će primena uspostaviti transparentnost u pogledu transakcija, omogućiti finansijsku, vremensku i prostornu uštedu, doprineti bezbednosti dokumenata i očuvanju životne sredine i uticati na efikasnost naplate poreza, smanjenje poreskog jaza i administrativnog opterećenja.¹⁰ S druge strane, svedočimo i tome da jedan deo stručne javnosti upućuje na preuranjeno i neadekvatno uvođenje ovog sistema.¹¹

Ovaj tekst stoga predstavlja pokušaj da se korišćenjem deskriptivnog i evaluativnog metoda pruži jasnija slika o procesu elektronskog fakturisanja u poresko-pravnom kontekstu i implementaciji pravila o elektronskom fakturisanju u domaći pravni sistem. U prilog tome, pružaju se osvrti na poimanje i poreskopравни značaj faktura i elektronskih faktura, analizira usaglašenost prihvaćenih zakonskih rešenja sa pravilima komunitarnog prava i nastoje pronaći moguće sporne tačke u vezi sa primenom sistema elektronskog fakturisanja u Republici Srbiji.

PODSEĆANJE NA ZNAČAJ FAKTURA U SISTEMU POREZA NA DODATU VREDNOST

Davnašnji je trgovački običaj da prodavac uz robu predaje kupcu i račun. Taj račun se u privrednopravnoj terminologiji naziva „faktura“ i predstavlja prilično

elektronskog fakturisanja, a u međuvremenu, krajem iste godine, i sâm zakonski tekst i podzakonski akti pretrpeli su određene izmene.

⁸ Zakon koji menja način funkcionisanja privrede (autorski tekst), <https://www.b92.net/biz/vesti/srbija/mali-u-autorskom-tekstu-za-b92-net-zakon-koji-menja-nacin-funkcionisanja-privrede-1850272?version=amp>, 29. 6. 2022.

⁹ Vojkan Stanković, *E-fakture: primena u praksi*, Institut za računovodstvo i reviziju, Beograd, 2022, 12.

¹⁰ Marijan Blešić, Stevan Aleksić, Milica Tričković, Sonja Nikolić, Nikola Jevtić, *PDV, fiskalizacija i e-fakture: priručnik*, Rezon media grup, Beograd, 2021, 433–435.

¹¹ I pored odlaganja uvođenja pojedinih obaveza e-fakturisanja tokom 2021. godine, učesnici okruglog stola „Stanje priprema za primene e-fakture“, koji je održan tokom marta 2022. godine u organizaciji Društva za informatiku Srbije i Privredne komore Srbije, zaključili su da privreda još uvek nije spremna za početak primene elektronskog fakturisanja (v. više: „Privreda nedovoljno spremna za primenu elektronske fakture“, <https://www.politika.rs/sr/clanak/501308/Privreda-nedovoljno-spremna-za-primenu-elektronske-fakture>, 29. 6. 2022).

bitan dokument u privrednim odnosima.¹² Jednaka važnost priznaje mu se i u okviru poreskopavnog odnosa.

Porez na dodatu vrednost, onaj poreski oblik koji se „ubire u svakoj prometnoj fazi kroz koju prolazi jedan proizvod i njegovi sastavni delovi, ali tereti, u stvari, samo dodatu vrednost koja je ostvarena u svakoj pojedinoj fazi“,¹³ u savremenim poreskim sistemima dominantno je prihvaćen uz indirektnu metodu utvrđivanja te vrednosti. Ova metoda, koja se u okviru teorije finansijskog prava neretko naziva i „metodom fakture“, nije upravljena ka tome da se utvrdi sama dodata vrednost, već ima za cilj da se odmah izračuna poreska obaveza obveznika, u skladu sa principima samooporezivanja i tzv. fakturisane realizacije. Obveznik, naime, obračunava porez na dodatu vrednost za isporuku dobara i pružanje usluga u određenom poreskom periodu, da bi, nakon toga, od tog iznosa poreza odbio porez koji su mu u istom poreskom periodu snabdevači iskazali u fakturama. Načelno posmatrano, pravo na odbitak jedino ne pripada krajnjem potrošaču, jer je intencija zakonodavca takva da bi njega trebalo da pogodi incidenca ovog poreza.¹⁴

Svaki učesnik u ovakvom svojevrsnom lancu faktura kontroliše onog drugog i insistira na njihovom prijemu i izdavanju jer se samo na osnovu njih stiče pravo na poreski odbitak. Navedeno omogućuje preimućstvo poreza na dodatu vrednost u odnosu prema brojnim poreskim oblicima budući da se na ovaj način lakše otkriva nezakonita poreska evazija. „Prvo, kod ovog poreza obveznik je dužan da dokumentuje svoj zahtev za odbitkom poreza plaćenog na *input*-e. Drugo, interesi kupca i prodavca su suprotstavljeni. Kupac želi da nabavna cena iskazana u fakturi bude što viša, kako bi ostvario što veći poreski odbitak. Prodavac, opet, želi da prodajna cena iskazana u fakturi bude što niža, kako bi minimizovao svoju poresku obavezu.

¹² Ivica Jankovec, *Privredno pravo: treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni pregled, Beograd, 1996, 315. U kontekstu računovodstvenih pravila, fakturam, kao verodostojnom računovodstvenom ispravom, trgovci knjiže svoje poslovne promene u poslovnim knjigama. Posmatrano sa stanovišta obligacionog prava, trenutak prijema robe i fakture može biti od uticaja na rok za plaćanje cene, odnosno naknade. „Budući da se ugovor o prodaji najčešće zaključuje usmeno, faktura često predstavlja jedini pisani dokument, te otuda ima značajnu dokaznu snagu. Otuda, ako plaćanje u određenom roku izostane, sud može na osnovu fakture kao verodostojne isprave izdati odmah rešenje o izvršenju“ (Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo, šesnaesto izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2018, 92).

¹³ Jovan Lovčević, *Institucije javnih finansija: peto izdanje*, Službeni list SRJ, Beograd, 1993, 143.

¹⁴ Zgodan „školski“ prikaz potrošnog tipa PDV-a sa metodom fakture u okviru domaće javnofinansijske doktrine pružio je prof. Raičević u svom udžbeniku, koristeći, pritom, poređenje sa radom naftovoda, odnosno rafinerijom nafte (v. Božidar Raičević, *Javne finansije*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005, 222).

Otuda je malo verovatno da će se moći dogovoriti oko lažne fakture. Treće, pošto su fakture neophodne i kod nabavki i kod prodaja, moguća je kontrola.¹⁵

Nezanemarljiv je značaj fakture i za nastanak poreske obaveze, s obzirom na to da se u praksi najčešće računi izdaju istovremeno sa izvršenjem prometa dobara i usluga. „Iako *explicite* ne vezuje nastanak poreske obaveze za izdavanje računa, ZPDV faktički primenjuje pristup fakturisane realizacije, a – ako poreski obveznik ipak ne izda račun – nastanak poreske obaveze se, ako [...] apstrahujemo situaciju avansnog plaćanja i ostavljamo po strani uvoz dobara, vezuje za dan kada je izvršen promet dobara i usluga.“¹⁶ Faktura kao dokument o obavljenom prometu predstavlja, tako, jedan od najneophodnijih dokumenata za poreskog obveznika, a ujedno i jedan od najvažnijih za potrebe poreske kontrole.¹⁷

POJAM I ZNAČAJ ELEKTRONSKE FAKTURE (E-FAKTURE)

Neretko se u literaturi mogu pronaći različiti pristupi definisanju elektronske fakture. „Jedan od njih opisuje e-fakturu kao dokument generisan ručno ili automatski od strane *IT* sistema koji se primaocu šalje u elektronskom formatu kao datoteka sa ekstenzijom: *TXT, PDV, JPEG, TIFF, HTML*, itd. Prema ovom pristupu, ona može biti i skenirana papirna fakture. Prema drugom, elektronska fakture je dokument koji sadrži kompletan skup potrebnih podataka koji se šalje između strana uz korišćenje unapred definisanog standarda koji određuje strukturu, format i sadržaj poruke (npr. *EDIFACT* ili *XSML*).“¹⁸

Kako bi se omogućilo jasnije poimanje elektronske fakture i sprečile nedoumice do kojih, usled različitih sagledavanja, može doći u praksi, čini se najpogodnijim da se sprovede diferencijacija i da se ova dva različita pristupa prepoznaju kao dve različite definicije – elektronska fakture u širem i elektronska fakture u užem smislu. U širem smislu, pojam elektronske fakture obuhvatao bi onaj račun koji je izdat i primljen u obliku elektronskog zapisa u bilo kom digitalnom formatu, dok bi u užem smislu podrazumevao samo onu fakturu koja je izdata i primljena u strukturisanom formatu i koja je namenjena automatskoj elektronskoj

¹⁵ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Open society Institute / Constitutional and Legislative Policy Institute / Savremena administracija, Budapest/Beograd, 1997, 794.

¹⁶ Dejan Popović, *Poresko pravo: dvadeseto izdanje*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet: Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2021, 528.

¹⁷ Hasiba Hrustić, *Porez na dodatu vrednost*, Stylos, Novi Sad, 2004, 165.

¹⁸ Anna Spoz, „A look at e-invoices from enterprises' and government's perspective“, *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wroclawiu*, No. 365, 2014, 256.

obradi podataka.¹⁹ Suprotno tome, fakturu koja bi prethodno bila izdata u pisanom obliku, a potom bila skenirana, valjalo bi posmatrati ne kao elektronsku, već kao digitalizovanu fakturu, kopiju izvorne papirne fakture.

Elektronskoj fakturi priznaju se brojne prednosti u odnosu prema tradicionalnoj, papirnoj. Premda je opravdano očekivati i da će inicijalna ulaganja prilikom uvođenja ovog sistema značajno opteretiti preduzeća u pogledu usvajanja tehnoloških rešenja, mogu se priželjkivati značajne uštede u srednjem i dugom roku (dovoljno bi bilo samo podsetiti na troškove štampanja, kovertiranja, poštanskih usluga, fizičkog čuvanja, arhiviranja, itd.),²⁰ a ubrzava se i plaćanje dospelih novčanih obaveza (čime se poboljšava finansijska likvidnost). Ipak, najznačajnija prednost čini se da proizlazi iz automatizacije procesa. „Kada se e-fakture razmenjuju u mašinski čitljivom formatu, kompanije mogu automatizovati procedure za slanje i prijem podataka o fakturi. U poređenju s ručnom obradom faktura, ovo smanjuje mogućnost greške praktično na nulu.“²¹ Na taj način postaju „vidljivije“ i poreske obaveze.

Implementaciji sistema elektronskog fakturisanja u praksi neretko stoje i izvesne barijere. Naime, činjenica da su prisutni diferencirani standardi sistema elektronskog fakturisanja i formati izrade elektronskih faktura u pravnim sistemima znatno otežava njihov prenos i procesuiranje, a izaziva često i nepoverenje u bezbednost podataka. Takođe, i regulativni okvir elektronskog fakturisanja razlikuje se od zemlje do zemlje. Na koncu, prepreku često predstavlja i to što za znatan broj mikro, malih i srednjih preduzeća trošak početnog ulaganja u tehnologiju i obuku zaposlenih može biti ogroman.²²

¹⁹ Na ovakvo stanovište upućuju nas i legislativna rešenja, kako domaćeg, tako i komunitarnog evropskog prava, o kojima će docnije biti reči. U daljem tekstu će se stoga pod pojmom elektronska faktura (e-faktura) podrazumevati strukturisana elektronska faktura, odnosno elektronska faktura u užem smislu.

²⁰ Posmatrano kroz prizmu širih društvenih ušteda i koristi ne bi valjalo izostaviti i sve one pogodnosti do kojih bi moglo doći u kontekstu zaštite životne sredine, jer je, primera radi, opravdano očekivati značajno smanjenje broja posečenih stabala i emisija koje su posledica proizvodnje i transporta papira.

²¹ Dragan Radeski, Danco Davcev, „Electronic invoice modeling“, *Proceedings of the Eight Conference on Informatics and Information Technology 2011* (ed. Ana Madevska-Bogdanova, Vesna Dimitrova, Dejan Spasov), Skopje, 2011, 141.

²² Nav. prema: Mirjana Radović, „Implementacija evropskog pravnog okvira elektronskog fakturisanja u Srbiji“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije: 2021* (ur. Vuk Radović), 2021, 244; No, i bez obzira na navedene prepreke, uvođenje elektronskog fakturisanja u brojne pravne sisteme predstavlja prisutnu tendenciju već više od decenije. Naročito je implementacija nacionalnih sistema elektronskog fakturisanja primetan trend u zemljama Latinske Amerike, poput Čilea, Brazila, Meksika i Argentine, koje, na nivou usvajanja, blisko prate Ekvador, Urugvaj i Peru (Raul Zambrano,

LETIMIČAN POGLED NA EVROPSKI PRAVNI OKVIR

Za sistem elektronskog fakturisanja značajne su dve direktive – Direktiva 2006/112/EZ o zajedničkom sistemu poreza na dodatu vrednost,²³ i Direktiva 2014/55/EU o elektronskom fakturisanju u javnim nabavkama.²⁴ Pravilima važeće verzije Direktive o sistemu PDV-a koja se odnose na pitanje elektronskih faktura teži se osiguranju urednog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta Evropske unije i sprovođenju nadzora od strane nadležnih poreskih organa.²⁵ Njome se definiše račun kao svaki dokument ili poruka u papirnom ili elektronskom obliku²⁶ koja sadrži propisane podatke.²⁷ Budući da faktura i sa aspekta komunitarnog zakonodavstva predstavlja osnov za odbitak prethodnog poreza samo ako zadovoljava određene uslove u pogledu svoje sadržine, za svaku fakturu zahteva se autentičnost porekla i celovitost sadržaja.²⁸ No, „korišćenje naprednog elektronskog potpisa, odnosno elektronske razmene podataka nije obavezno da bi postojala punovažna elektronska faktura, s obzirom na to da autentičnost porekla i integritet sadržine mogu da budu obezbeđeni i na drugi način.“²⁹ Elektronska faktura prihvata se u širem smislu – ona može, ali i ne mora biti u formi tzv. strukturisane elektronske fakture. Takođe, ne samo da je ova direktiva „neutralna u pogledu oblika i formata fakture, već ona izričito zabranjuje državama članicama Evropske unije da zahtevaju potpisivanje fakture“.³⁰

Direktiva o e-fakturisanju, koju bi u pogledu ove oblasti trebalo prihvatiti kao *lex specialis* u odnosu prema Direktivi o sistemu PDV-a,³¹ bavi se, zapravo,

„Electronic Invoicing in Latin-America“, *Applying New Technologies and Digital Solutions in Tax Compliance: Articles from Presenters of the IOTA Annual International Conference – Tax Compliance Technology Showroom*, Budapest, 2020, 19). Lideri azijskog regiona su, primera radi, Singapur, Hong Kong, Tajvan i Južna Koreja (The e-invoicing journey 2019–2025, https://www.billentis.com/The_einvoicing_journey_2019-2025.pdf, 29. 6. 2022), a prihvaćene su i u mnogim evropskim državama (poput Italije ili Estonije, koje se često navode kao zemlje reperi za domaću implementaciju sistema elektronskog fakturisanja).

²³ Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal*, L 347, 11. 12. 2006 (u daljem tekstu: Direktiva o sistemu PDV-a).

²⁴ Directive 2014/55/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on electronic invoicing in public procurement, *Official Journal* L 133, 6. 5. 2014 (u daljem tekstu: Direktiva o e-fakturisanju).

²⁵ V. tač. 46 preambule Direktive o sistemu PDV-a.

²⁶ Čl. 218 Direktive o sistemu PDV-a.

²⁷ Čl. 226 Direktive o sistemu PDV-a.

²⁸ V. čl. 233 Direktive o sistemu PDV-a.

²⁹ M. Radović, op. cit., 246.

³⁰ M. Radović, op. cit., 245.

³¹ Čl. 9 Direktive o e-fakturisanju.

samo elektronskim fakturama u užem smislu³² i to, opet, samo u specifičnim slučajevima – kada se te fakture izdaju povodom naplata novčanih potraživanja od strane subjekata javnog sektora kao saugovarača iz ugovora zaključenih u postupku javnih nabavki,³³ odnosno, kada je primalac subjekt javnog sektora (tzv. *BTG – Business to Government* i *GTG – Government to Government* transakcije). Ova direktiva „čak obavezuje javnu administraciju da prima i obrađuje strukturisane elektronske fakture. Međutim, praktični obim je i dalje ograničen u dva aspekta: prvo – obuhvaćeni su samo subjekti javnog sektora; drugo – obaveza je ograničena na primaocce, ali ne i na pružaoce usluga. Stoga je obaveza nacionalnih zakonodavaca da odluče da li bi izdavanje (a ne samo prijem) elektronskih faktura takođe trebalo da bude obavezno.“³⁴ Pravila Direktive, tako, „imaju karakter minimalne harmonizacije, što znači da države članice prilikom implementacije mogu da postrože režim elektronskog fakturisanja, kao i da prošire njegov domen primene (na primer, propisivanjem obaveze izdavanja strukturisane elektronske fakture u određenim slučajevima).“³⁵

OSVRT NA POJEDINA LEGISLATIVNA REŠENJA U REPUBLICI SRBIJI

Nekoliko zakonskih akata čine se merodavnim za sistem elektronskog fakturisanja u Republici Srbiji – to su: Zakon o računovodstvu iz 2019. godine (sa poslednjim izmenama 2021. godine);³⁶ Zakon o porezu na dodatu vrednost iz 2004. godine (sa poslednjim izmenama 2020. godine);³⁷ Zakon o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju iz 2017. godine (sa poslednjim izmenama 2021. godine);³⁸ Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza u komercijalnim transakcijama iz 2012. godine (sa poslednjim izmenama 2021. godine);³⁹ i Zakon o elektronskom fakturisanju iz

³² Čl. 2, st. 1, tač. 1 Direktive o e-fakturisanju.

³³ V. čl. 1, st. 1 Direktive o e-fakturisanju.

³⁴ Roland Ismer, „Towards Mandatory E-Invoicing for VAT and a Common Clearance System: Rich Pickings from Embracing Technology!“, *EC Tax Review*, No. 3, 2021, 82.

³⁵ M. Radović, op. cit., 249.

³⁶ Zakon o računovodstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 73/19 i 44/21.

³⁷ Zakon o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 6/14, 68/14, 142/14, 5/15, 83/15, 5/16, 108/16, 7/17, 113/17, 13/18, 30/18, 4/19, 72/19, 8/20 i 153/20 (ZPDV).

³⁸ Zakon o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 94/17 i 52/21.

³⁹ Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza u komercijalnim transakcijama, *Službeni glasnik RS*, br. 119/12, 68/15, 113/17, 91/19, 44/21 i 44/21.

2021. godine.⁴⁰ Budući da su za temu ovog rada najrelevantniji normativni akti Zakon o porezu na dodatu vrednost i Zakon o elektronskom fakturisanju, njima će biti posvećena naročita pažnja.

Zakon o porezu na dodatu vrednost

Ovim zakonskim tekstom propisana je dužnost izdavanja fakture (računa) za svaki promet dobara i usluga⁴¹ i načelno omogućeno pravo izbora forme u kojoj će se ona izdati (u papirnom ili u elektronskom obliku). Elektronska forma ovde predstavlja elektronsku fakturu u širem smislu,⁴² dok se navedeno pravo izbora uslovljava saglasnošću primaoca, uz izuzetke kada je zakonom propisana obaveza izdavanja računa u elektronskom obliku.⁴³ Normira se minimalna sadržina fakture,⁴⁴ koja se može umanjiti i/ili pojednostaviti samo u onim slučajevima i u pogledu onih podataka koje kao izuzetke uredi ministar finansija podzakonskim aktom.⁴⁵ Faktura bi trebalo naročito da sadrži: naziv, adresu i PIB obveznika – izdavaoca računa; mesto i datum izdavanja i redni broj računa; naziv, adresu i PIB obveznika – primaoca računa; vrstu i količinu isporučenih dobara ili vrstu i obim usluga; datum prometa dobara i usluga i visinu avansnih plaćanja; iznos osnovice; poresku stopu koja se primenjuje; iznos PDV koji je obračunat na osnovicu; napomenu o odredbi ZPDV na osnovu koje nije obračunat PDV; napomenu da se za promet dobara i usluga primenjuje sistem naplate.⁴⁶

Sadržina fakture čini se vrlo značajnim poreskopравnim pitanjem budući da u slučaju izdavanja fakture (sa iskazanim PDV-om) koja je formalno ili suštinski neispravna, to lice duguje navedeni iznos, a primalac nema pravo na odbitak prethodnog poreza. Nažalost, iako se ZPDV primenjuje od 2005. godine, „i posle više od 15 godina jedan od osnovnih problema u njegovoj praktičnoj primeni jeste izdavanje neadekvatnih dokumenata koji, kao takvi, ne mogu imati karakter računa na osnovu kojeg se može ostvariti pravo na odbitak prethodnog poreza“.⁴⁷ Usled činjenice da brojni propisi koji regulišu pitanje sadržine fakture međusobno nisu

⁴⁰ Zakon o elektronskom fakturisanju, *Službeni glasnik RS*, br. 44/21 i 129/21 (ZEF).

⁴¹ Čl. 42. st. 1 ZPDV.

⁴² Između ostalog i stoga što se posebno ističe poimanje elektronske fakture kao elektronskog dokumenta.

⁴³ Čl. 42, st. 5 ZPDV.

⁴⁴ V. čl. 42, st. 4 ZPDV.

⁴⁵ Čl. 45 ZPDV.

⁴⁶ Čl. 42. st. 4 ZPDV.

⁴⁷ Igor Tatić, *Knjiga o porezu na dodatu vrednost*, Poreska kancelarija Tatić, Beograd, 2021, 1100.

usaglašeni, česta je opravdana nesigurnost ne samo poreskih obveznika šta je ono što (elektronska) faktura mora da sadrži.⁴⁸ Domaći poreskopравни stručnjaci najčešće se slažu u stavu da je za pravo na odbitak prethodnog poreza najvažnije da faktura sadrži elemente propisane ZPDV, bez obzira na to da li račun sadrži ili ne sadrži elemente propisane drugim propisima,⁴⁹ a slično stanovište možemo pronaći i u brojnim mišljenjima Ministarstva finansija.⁵⁰

Zakon o elektronskom fakturisanju

Definicija, obuhvaćene transakcije i osnovni elementi elektronske fakture. – Elektronska faktura zakonski se definiše kao „zahtev za isplatu po osnovu transakcija sa naknadom, svaki drugi dokument koji utiče na isplatu, odnosno visinu isplate, faktura koja se izdaje za promet bez naknade, kao i primljene avanse, koji su izdati, poslani i primljeni u strukturisanom formatu koji omogućuje potpuno automatizovanu elektronsku obradu podataka preko sistema elektronskih fakture.“⁵¹ Zakonodavac se, drugim rečima, opredelio za definisanje e-fakture kao elektronske fakture u užem smislu.

Raspon transakcija, odnosno pravnih poslova koji se odnose na isporuku dobara, odnosno pružanje usluga, u odnosu prema evropskoj direktivi o elektronskim fakturama veoma je široko postavljen. Obuhvaćene su B2G (*Business to Government*), G2G (*Government to Government*), ali i G2B (*Government to Business*) i B2B (*Business to Business*) transakcije.⁵² Ovakva harmonizacija, pri kojoj nacionalno zakonodavstvo proširuje domen primene minimalnih zahteva iz direktive u uporednoj terminologiji naziva se još i „pozlaćivanje“ ili implementacija sa „pozlatom“ i najčešće se dozvoljava samo pod uslovom da su usvojene strože mere srazmerne ciljevima koji se njima ostvaruju u nacionalnim okvirima.⁵³

⁴⁸ Ovo pitanje bilo je često postavljano od strane učesnika na stručnim konferencijama i predavanjima o uvođenju elektronskog fakturisanja u Srbiji, koje su bile organizovane od strane Ministarstva finansija i NALED-a tokom 2021. godine, a predstavljalo je i jednu od razmatranih tema na Poreskoj večeri Srpskog fiskalnog društva, održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 22. 3. 2022. godine.

⁴⁹ V. I. Tatić, op. cit., 1120.

⁵⁰ *Ibidem*; O smernicama Ministarstva finansija Republike Srbije i Evropskog suda pravde u pogledu uskraćivanja prava na odbitak prethodnog poreza na osnovu formalnih nedostataka fakture, v. više: Miloš Milošević, „Uskraćivanje prava na odbitak prethodnog poreza na osnovu formalnih nedostataka fakture“, *Identitetski preobražaj Srbije: prilozi Projektu 2018: kolektivna monografija* (ur. Ivana Krstić, Maja Lukić), Beograd, 2019, 290–294.

⁵¹ Čl. 2, st. 2, tač. 5 ZEF.

⁵² V. čl. 2, st. 2, tač. 1 ZEF.

⁵³ M. Radović, op. cit., 258–259.

Prema zakonskom rešenju, elektronska faktura uobičajeno bi trebalo da sadrži: naziv, adresu, PIB i matični broj izdavaoca fakture; poslovni račun izdavaoca; naziv, adresu, PIB i matični broj primaoca; poslovni račun primaoca; redni broj i datum izdavanja; datum isporuke dobara, odnosno pružanja usluga ili avansne uplate; iznos avansnih plaćanja; instrukcije za plaćanje; podatke o vrsti i količini isporučenih dobara ili vrsti i obimu usluga; iznos osnovice PDV-a; poresku stopu PDV-a; iznos PDV-a koji je obračunat na osnovicu; ukupan iznos elektronske fakture; napomenu o odredbi ZPDV na osnovu koje nije obračunat PDV; napomenu da se za promet dobara i usluga primenjuje sistem naplate.⁵⁴ Minimalan sadržaj, slučajevi mogućeg izostavljanja nekog od elemenata ili iskazivanje dodatnih, kao i forma i način dostave prateće i druge dokumentacije – bliže se uređuju podzakonskim aktom ministra finansija.⁵⁵

Sa poreskoplavnog stanovišta, naročito se značajnim čini opredeljenje zakonodavca da naglasi da odredbe ZEF „ne utiču na primenu odredaba zakona kojim se uređuju obračunavanje i plaćanje poreza na dodatu vrednost i podzakonskih akata usvojenih na osnovu tog zakona.“⁵⁶ Drugim rečima, nezavisno od obaveza koje su propisane ovim aktom, obveznik PDV-a bi trebalo da i dalje obračunava, plaća porez i vodi propisanu evidenciju u skladu sa ZPDV.

Personalni opseg primene i fazno uvođenje pojedinih obaveza. – U pogledu personalnog domena primene, odredbe Zakona odnose se na čitav javni i znatan deo privatnog sektora, osim na one subjekte privatnog koji nisu obveznici ZPDV i na one čije poslovanje podleže primeni Zakona o fiskalizaciji⁵⁷ (sa izuzetkom transakcija za koje se ne izdaje fiskalni račun). Pod subjektom javnog sektora podrazumevaju se svi subjekti i institucije koji su obuhvaćeni budžet-skoprnim pojmom „opšti nivo države“ i javna preduzeća koja to nisu.⁵⁸ Subjektom privatnog sektora smatra se obveznik PDV-a.⁵⁹ Lica koja ne pripadaju ovim grupama subjekata (poput, primera radi, „paušalaca“, tj. obveznika poreza na prihod od samostalne delatnosti), mogu na dobrovoljnoj osnovi da prihvate primenu pravila ZEF, tj. da se opredele da izdaju, odnosno primaju strukturisane elektronske fakture.⁶⁰

⁵⁴ Čl. 7, st. 1 ZEF.

⁵⁵ Čl. 7, st. 3 ZEF.

⁵⁶ Čl. 7, st. 2 ZEF.

⁵⁷ Zakon o fiskalizaciji, *Službeni glasnik RS*, br. 153/20 i 96/21.

⁵⁸ Čl. 2, st. 2, tač. 2 ZEF.

⁵⁹ Čl. 2, st. 2, tač. 3 ZEF.

⁶⁰ Čl. 2, st. 2, tač. 4 ZEF.

Pojedinačne norme ovog akta počinju da se primenjuju za trgovinske ugovore između subjekata javnog sektora ili između subjekata javnog i privatnog sektora tokom 2022. godine, a za ugovore između subjekata privatnog sektora – od 2023. godine.⁶¹ Za različite obaveze, predviđeno je fazno uvođenje.

Obaveza izdavanja i prijema elektronske fakture. – Teret obaveze izdavanja strukturisane elektronske fakture pada kako na subjekte javnog, tako i na subjekte privatnog sektora.⁶² Oni, kao izdavaoci fakture, svoju obavezu mogu izvršiti lično ili preko tzv. informacionog posrednika.⁶³

Trenutak izdavanja elektronske fakture podudara se sa časom njenog unošenja u sistem – tada se, naime, smatra i dostavljenom.⁶⁴ „Značaj navedenog momenta je ogroman [...] od tog trenutka elektronska faktura postaje verodostojna isprava koja može da se koristi u izvršnom postupku radi prinudnog namirenja protiv dužnika novčane obaveze koja je u njoj iskazana.“⁶⁵ Ovo nas navodi na zaključak da je dovoljno da primalac u momentu izdavanja fakture bude korisnik sistema elektronskih faktura, pa da dođe do prijema fakture. No, Zakon izričito naglašava da je primalac dužan da primi elektronsku fakturu koja je izdata u skladu sa srpskim standardom elektronskog fakturisanja.⁶⁶ Može se prihvatiti stanovište da se „smisao

⁶¹ U tom smislu, značajna su tri datuma: 1. 1. 2022. godine – kad nastupa obaveza subjekta javnog sektora da prima (i čuva) elektronsku fakturu i izdaje drugom subjektu javnog sektora i obaveza subjekta privatnog sektora da izdaje elektronsku fakturu subjektu javnog; 1. 7. 2022. godine – kad nastupa obaveza subjekta privatnog sektora da primi i čuva elektronsku fakturu izdatu od strane subjekta javnog, odnosno privatnog sektora; i 1. 1. 2023. godine – kad nastupa obaveza izdavanja i čuvanja elektronske fakture u transakcijama između subjekata privatnog sektora i obaveza elektronskog evidentiranja obračuna PDV-a (osim transakcija u kojima je jedna od strana subjekt javnog sektora) (v. čl. 24 ZEF).

⁶² To se naročito odnosi na: subjekte privatnog sektora po osnovu međusobnih transakcija; subjekte privatnog sektora po osnovu transakcije sa subjektima javnog sektora; subjekte javnog sektora po osnovu transakcije sa subjektima privatnog sektora, subjekte javnog sektora po osnovu međusobnih transakcija; i poreske punomoćnike stranih lica u Republici Srbiji za PDV po osnovu transakcija sa subjektima privatnog i javnog sektora (čl. 3, st. 1 ZEF). Izuzetno od ovoga, za promet na malo i primljeni avans za promet na malo koji je uređen Zakonom o fiskalizaciji, ugovornu obavezu usmerenu prema korisnicima sredstava iz međunarodnih okvirnih sporazuma i nabavku, modernizaciju i remont naoružanja i vojne opreme, nabavku bezbedonosno osetljive opreme i sa njima povezane nabavke dobara i usluga – ne postoji obaveza izdavanja elektronske fakture (čl. 3, st. 2 ZEF).

⁶³ Lice koje subjekt fakturisanja mogu ugovorno da angažuju i povere mu poslove u vezi sa izdavanjem, slanjem primanjem i čuvanjem elektronskih faktura (v. više: čl. 13 ZEF).

⁶⁴ V. čl. 10, st. 5 ZEF.

⁶⁵ M. Radović, op. cit., 254–255.

⁶⁶ Čl. 9, st. 2 ZEF.

propisivanja obaveze prijema pre svega sastoji u tome da primaocima oduzme pravo da odbiju takav način fakturisanja koje bi postojalo po opštim pravilima o elektronskom fakturisanju iz ZPDV.⁶⁷

Provera i odbijanje elektronske fakture. – Zakon propisuje da „primalac elektronske fakture proverava poslatu elektronsku fakturu pristupom sistemu elektronskih faktura neposredno ili preko informacionog posrednika i prihvata je ili odbija u roku od petnaest dana od dana prijema elektronske fakture.“⁶⁸ Pravne posledice neiskorišćavanja prava na proveru razlikuju se u zavisnosti od subjekta u ulozi primaoca. Ako je u pitanju subjekt javnog sektora, propuštanje roka tretira se kao prihvatanje fakture. U slučaju subjekta privatnog sektora, nakon isteka roka od 15 dana, pruža se dodatni rok od 5 dana u kojem bi trebalo da se izjasni da li prihvata ili odbija fakturu. Tek nakon propuštanja tog dodatnog roka, smatraće se da je fakturu odbio. Zakon nam, pak, ne pruža odgovor na pitanje pravnih posledica usled prihvatanja, odnosno odbijanja elektronske fakture.⁶⁹

Posebna obaveza elektronskog evidentiranja obračuna poreza na dodatu vrednost. – Nomotehničko rešenje uvođenja posebne obaveze elektronskog evidentiranja obračuna PDV-a u Zakonu očito će lako moći da izazove nesigurnost poreskih obveznika.⁷⁰ No, navedena pravila, a i sâm naslov člana 4. ZEF, upućuju nas na zaključak da se zapravo radi o regulisanju pojedinih tzv. *reverse-charge* modela (onda kada je primalac dobara i usluga poreski dužnik).⁷¹ Elektronsko evidentiranje vrši se iskazivanjem podataka o osnovici i obračunatom PDV-u, posebno po poreskim stopama⁷² za poreski period u roku za podnošenje poreske prijave u skladu za ZPDV.⁷³

⁶⁷ M. Radović, op. cit., 256.

⁶⁸ Čl. 10, st. 1 ZEF.

⁶⁹ Pojedini autori u ovom slučaju sugerišu shodnu primenu opštih pravila o prigovorima na fakturu koja su u našem zakonodavstvu običajnog karaktera (M. Radović, op. cit., 257).

⁷⁰ Odgovor na pitanje koji je krug lica obuhvaćen ovom obavezom takođe je često bio tražen od strane učesnika na konferencijama, predavanjima i vebinarima na temu uvođenje sistema elektronskog fakturisanja u Srbiji tokom 2021. godine.

⁷¹ Suština ovog mehanizma ogleda se „u transferu poreske obaveze sa isporučioaca na primaoca dobara i usluga, ukoliko se radi o obvezniku sa pravom na odbitak prethodnog poreza. Izvršeni promet plaća se u visini obračunate neto cene. Porez se ne iskazuje u računu. Obaveza obračuna i uplate poreza na plaćenu neto cenu prelaze na kupca. Istovremeno, nastaje pravo na odbitak prethodnog poreza, koji se prebija na ime izlazne obaveze“ (Miloš Milošević, *Nezakonita evazija poreza na dodatu vrednost: doktorska disertacija*, Univerzitet u Beogradu: Pravni fakultet, Beograd, 2012, 254).

⁷² Čl. 4, st. 3 ZEF.

⁷³ Čl. 4, st. 6 ZEF.

Čini se jasnim da posebna obaveza *ne postoji* u onim slučajevima kada postoji dužnost izdavanja e-fakture ili fiskalnog računa za promet dobara i usluga (uključujući tu i primljeni avans za taj promet),⁷⁴ jer se PDV iskazuje kroz e-fakturu, odnosno fiskalni račun. Slično važi i za poreskog dužnika za uvoz dobara,⁷⁵ jer bi se, u suprotnom, i ovde duplirala takva vrsta radnje.

Ova obaveza trebalo bi da *tereti*: poreskog dužnika u skladu sa ZPDV koji je obveznik PDV-a;⁷⁶ subjekte javnog sektora, pravna lica, odnosno preduzetnike koji nisu obveznici PDV-a;⁷⁷ kao i obveznike PDV-a za promet dobara i usluga koji se vrši bez naknade, za koji je poreski dužnik u skladu sa ZPDV, ako za taj promet ne izdaje račun u skladu sa ZPDV.⁷⁸ No, subjekti su ovde navedeni vrlo načelno, sa upućivanjem na druge zakonske akte, bez konkretizacije u kojim su sve situacijama opterećeni ovom obavezom. Shodno tome, mogu se očekivati veliki izazovi za tumače ovih normi.

UMESTO ZAKLJUČKA

Uvođenje elektronskog fakturisanja predstavlja prisutnu tendenciju u strateškim okvirima brojnih država. Budući da je porez na dodatu vrednost najznačajniji oblik opšteg poreza na promet u savremenim poreskim sistemima, a faktura *conditio sine qua non* odbitka prethodnog poreza, o poreskoppravnom značaju njenog elektronskog oblika izlišno je previše govoriti.

Dok važeće komunitarno pravo u oblasti elektronskog fakturisanja ostavlja pravo izbora isporučiocima robe, odnosno pružiocima usluga da odaberu formu fakturisanja i propisuje obaveznost samo za subjekte javnog sektora (i to samo u slučaju javnih nabavki) – primenom aktuelnih zakonskih rešenja u Republici Srbiji e-fakture postaju obavezne, i to za vrlo široku grupu subjekata (kakovom se čine PDV obveznici) i za sve vrste pravnih poslova koji se odnose na isporuku dobara i pružanje usluga. Premda je i dalje neizvesno u kojoj meri je ovakva harmonizacija „sa pozlatom“ srazmerna ekonomskim ciljevima koji joj se priznaju, sa stanovišta nauke o porezima i poreskog prava valja se načelno pozdraviti ovakva namera zakonodavca. Opravdano je očekivati da će se korišćenjem sistema elektronskog

⁷⁴ Čl. 4, st. 1, tač. 1 ZEF.

⁷⁵ Čl. 4, st. 1, tač. 2 ZEF.

⁷⁶ Čl. 4, st. 1 ZEF.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Čl. 4, st. 4 ZEF.

fakturisanja smanjiti kako rizik za formalnu neispravnost faktura, tako i period za povrat poreza na dodatu vrednost.

Upućivanje na odredbe ZPDV kao najrelevantnije za obračunavanje i plaćanje poreza na dodatu vrednost čini se pravilnim (i jednim mogućim) rešenjem. U pogledu obaveznih elemenata e-fakture i prava na odbitak prethodnog poreza, ne bi trebalo da bude previše nedoumica u praksi. Za ostvarivanje prava na odbitak prethodnog poreza najvažnije bi bilo da faktura sadrži elemente koji su propisani ovim zakonskim aktom.

Ostaje upitno koliko će se iskoristiti svi potencijali sistema elektronskog fakturisanja. Teško je proceniti kakvo će biti opredeljenje zakonodavne i izvršne vlasti u pogledu mogućeg regulisanja nekih još uvek nepotpuno uređenih pitanja. Kako ZPDV načelno obezbeđuje pravo izbora forme u kojoj će se izdati faktura, diskutabilno je i da li će ovakvo ostavljanje mogućnosti za postojanje više različitih oblika faktura u pravnom prometu zadovoljiti proklamovane ciljeve znatnog poboljšanja naplate poreza i poreske kontrole.

VOJISLAV BAČANIN
Assistant, Faculty of Law
University of Kragujevac

E-INVOICING IN SERBIA: A BRIEF OVERVIEW OF THE SIGNIFICANCE, INTRODUCTION AND IMPLEMENTATION FROM THE ASPECT OF FISCAL LAW

Summary

This text is an attempt to provide a clearer picture of the electronic invoicing process in the context of fiscal law and the implementation of electronic invoicing rules in the domestic legal system, by using descriptive and evaluative method. The first part of the paper presents the importance of invoices in the value added tax system. The second part of the paper refers to the issues of definition and significance of an electronic invoice as a document. The third part of the paper provides a brief overview of the current legal framework for electronic invoicing in the European Union. The fourth part of the paper contains an analysis of relevant regulations of the Republic of Serbia. In that sense, special emphasis was placed on the new Law on Electronic Invoicing of the Republic of Serbia from 2021 and the Value Added Tax Law from 2004. Instead of concluding, in the fifth, last part of the paper, the author states that from the point of view of the tax system, the intention of the legislator regarding the introduction of electronic invoicing is to be welcomed.

Key words: electronic invoice, e-invoice, electronic invoicing, value added tax, VAT

Literatura

- Blešić M., Aleksić S., Tričković M., Nikolić S., Jevtić N., *PDV, fiskalizacija i e-fakture: priručnik*, Rezon media grup, Beograd, 2021.
- Dimitrijević M., „Poreska administracija u vremenu informaciono-tehnološkog napretka“, *Liber Amicorum: zbornik radova u čast profesora emeritusa Dejana Popovića* (ur. Gordana Ilić-Popov), Beograd, 2021.
- Hrustić H., *Porez na dodatu vrednost*, Stylos, Novi Sad, 2004.
- Ismer A., „Towards Mandatory E-Invoicing for VAT and a Common Clearance System: Rich Pickings from Embracing Technology!“, *EC Tax Review*, No. 3, 2021.
- Jankovec I., *Privredno pravo: treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni pregled, Beograd, 1996.
- Lapčević M., „Kompatibilnost reforme poreske administracije sa postulatima 'novog javnog menadžmenta'“, *XXI vek – vek usluga i služnog prava, knj. 7* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2016.
- Lovčević J., *Institucije javnih finansija: peto izdanje*, Službeni list SRJ, Beograd, 1993.
- Milošević M., „Uskraćivanje prava na odbitak prethodnog poreza na osnovu formalnih nedostataka fakture“, *Identitetski preobražaj Srbije: prilozi Projektu 2018: kolektivna monografija* (ur. Ivana Krstić, Maja Lukić), Beograd, 2019.
- Milošević M., *Nezakonita evazija poreza na dodatu vrednost: doktorska disertacija*, Univerzitet u Beogradu: Pravni fakultet, Beograd, 2012.
- OECD, *Implementing Online Cash Registers: Benefits, Considerations and Guidance*, OECD publishing, Paris, 2019.
- Pitić G., Radosavljević G., Babin M., Erić, M., „Digitalization of the Tax Administration in Serbia“, *Ekonomika preduzeća*, br. 1–2, Beograd, 2019.
- Popović D., *Nauka o porezima i poresko pravo*, Open society Institute/Constitutional and Legislative Policy Institute/Savremena administracija, Budapest/Beograd, 1997.
- Popović D., *Poresko pravo: dvadeseto izdanje*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet: Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2021.
- Pusić E., *Nauka o upravi, knj. 1, Uvodna pitanja: Uprava u društvu: Uprava kao ljudska djelatnost*, Pravni fakultet, Zagreb, 1986.
- Radevski D., Davcev V., „Electronic invoice modeling“, *Proceedings of the Eight Conference on Informatics and Information Technology 2011* (ed: Ana Madevska-Bogdanova, Vesna Dimitrova, Dejan Spasov), Skopje, 2011.
- Radović M., „Implementacija evropskog pravnog okvira elektronskog fakturisanja u Srbiji“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije: 2021* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2021.
- Raičević B., *Javne finansije*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005.

- Spoz, A., „A look at e-invoices from enterprises' and government's perspective“, *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, No. 365, 2014.
- Stanković V., *E-fakture: primena u praksi*, Institut za računovodstvo i reviziju, Beograd, 2022.
- Tatić I., *Knjiga o porezu na dodatu vrednost*, Poreska kancelarija Tatić, Beograd, 2021.
- Vasiljević M., *Trgovinsko pravo: šesnaesto izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2018.
- Zambrano R., „Electronic Invoicing in Latin-America“, *Applying New Technologies and Digital Solutions in Tax Compliance: Articles from Presenters of the IOTA Annual International Conference – Tax Compliance Technology Showroom*, Budapest, 2020.

PREGLEDNI RAD

MILOŠ VASOVIĆ

PRINCIP ZABRANE ZLOUPOTREBE PRAVA KAO SREDSTVO INTERPRETACIJE ZAKONSKOG NAČELA FAKTICITETA U SRPSKOM PORESKOM ZAKONODAVSTVU

Princip zabrane zloupotrebe prava je kao nadnacionalno načelo u okviru poreza na dodatu vrednost priznao Evropski sud pravde u slučaju Halifax. Kasnije, pomenuti sud je isto načelo prihvatio i za direktne poreze. Srbija trenutno primenjuje načelo fakticiteta za suzbijanje poreske evazije, ali ovo načelo nije dovoljno precizno i razrađeno u zakonskim i sudskim okvirima. Međutim, Poreska uprava, Ministarstvo finansija i Upravni sud Srbije, mogli bi, sa ciljem suzbijanja poreske zakonite a nelegitimne evazije, da primenjuju princip zabrane zloupotrebe prava kao vid interpretacije zakonskog načela fakticiteta. Smernice Evropskog suda pravde povodom principa zabrane zloupotrebe prava mogu da posluže Upravnom sudu Srbije u oblikovanju sudske prakse povodom interpretacije načela fakticiteta. Principu zabrane zloupotrebe prava je u presudama Evropskog suda pravde pripisan karakter nadnacionalnog načela, a ne sredstva interpretacije, međutim, kako Srbija nije članica EU i nije vezana njenim direktivama, pomenuti princip navedene domaće ustanove mogu da koriste kao sredstvo interpretacije načela fakticiteta koji ima istu svrhu kao i princip zabrane zloupotrebe prava.

Ključne reči: načelo fakticiteta, princip zabrane zloupotrebe prava, evazija poreza

U V O D

Pre nego što je Evropski sud pravde doneo presudu u slučaju *Halifax*, princip zabrane zloupotrebe prava primenjivao se u nacionalnim pravima većine

Miloš Vasović, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: vasovic.milos@gmail.com.

država EU. Sud u Ujedinjenom Kraljevstvu prvi je postavio pitanje Evropskom sudu pravde da li se u slučaju zloupotrebe odredaba o PDV iz zakona u kojem je implementirana Šesta Direktiva, može upotrebiti princip zabrane zloupotrebe prava u vidu opšteg načela EU, ukoliko postoji abuzivna praksa. Nakon što je odgovorio potvrdno, 13 godina kasnije, Evropski sud pravde je isto postupio i u danskim slučajevima povodom direktnih poreza. Tom presudom, Evropski sud pravde je principu zabrane zloupotrebe prava pripisao karakter primarnog obavezujućeg prava.

Što se tiče Srbije, abuzivne transakcije trebalo bi sprečavati primenom načela fakticiteta iz čl. 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Međutim, načelo fakticiteta ima svoje zakonske nedostatke, a Upravni sud Srbije u svojim presudama samo delimično usmerava poreske vlasti povodom primene čl. 9. Svakako, smernice Upravnog suda nisu potpune, jer pomenuti sud nema posebno poresko odeljenje gde bi presude donosile sudije, stručnjaci poreskog prava. Kako bi se efikasno primenjivala ova antiabuzivna mera, treba izmeniti čl. 9, što je malo verovatno s obzirom na to da ova mera od momenta svog postojanja, 2003. godine, do danas ostaje neizmenjena.

Autor smatra da se princip zabrane zloupotrebe prava može koristiti kao sredstvo tumačenja načela fakticiteta s obzirom na to da obe antiabuzivne mere imaju isti cilj. Upravni sud, kao i poreske vlasti u Srbiji, mogu koristiti smernice Evropskog suda pravde, koji je princip zabrane zloupotrebe prava razvijao od 2006. godine, gde je prvi put pomenutom principu pripisan karakter nadnacionalnog načela primarnog prava. Takođe, kao izvori mogle bi se koristiti i presude nacionalnih sudova nakon donošenja preliminarne odluke Evropskog suda pravde. Upravni sud, kao sredstvo tumačenja, može koristiti sve dostupne domaće i međunarodne pravne izvore, među kojima mogu biti i preliminarne odluke Evropskog suda pravde iako one ne obavezuju Srbiju koja nije članica EU.

ZABRANA ZLOUPOTREBA PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

Princip zabrane zloupotrebe prava kod poreza na dodatu vrednost

Princip zabrane zloupotrebe prava Evropski sud pravde je prvi put u vidu opšteg načela Evropske unije primenio u slučaju *Halifax*.¹ Sud Ujedinjenog Kraljevstva je u toku 2002. godine od Evropskog suda pravde zatražio preliminarne odluku povodom

¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, Case C-255/02, 21st February 2006.

primene novog abuzivnog testa u okviru Direktive o porezu na dodatu vrednost.² Evropski sud pravde je konačnu odluku doneo tek 2006. godine.³ Pre nego što se upustimo u suštinu ovog načela, treba ukratko istaći činjenice slučaja.⁴ Halifax je bila finansijska institucija koja je imala pravo na vrlo mali procenat povraćaja i odbitka prethodnog poreza. Isporuke dobara i usluga od strane dobavljača tada su u Ujedinjenom Kraljevstvu bile oporezovane sa 17,5 procenata. Kompanija Halifax je želela da napravi poslovnu zgradu, međutim, prema tadašnjim domaćim propisima, koji su implementirani na osnovu čl. 174 Direktive o zajedničkom sistemu poreza na dodatu vrednost⁵ (dalje: PDV Direktiva), od PDV koji bi ona plaćala izvođačima radova za izgradnju poslovnog centra mogla bi u vidu prethodnog poreza da povрати samo 5% od ukupnog ulaznog PDV.⁶ Kako bi uspela da povрати celokupni ulazni PDV, kompanija Halifax je osnovala filijalu X, na koju je prenela nepokretnost i ceo projekat, a koja je obavljala poslovanje oporezivo sa stanovišta poreza na dodatu vrednost. Ova filijala je angažovala i sestru firmu Y, filijalu kompanije Halifax, za izvođenje određenih razvojnih radova na nepokretnosti, a za veliku naknadu u koju je uračunat i PDV. Konačan rezultat je bio sledeći: Kompanija X je odbila ulazni PDV koji je platila izvođačima od PDV koji je u fakturama iskazala kompanija Y. Kompanija Y je taj iznos ulaznog PDV odbila od svog izlaznog PDV, koji su u fakturama iskazali izvođači za prekovremeni rad, koji Halifax kompanija nije platila. Prethodni porez je bio u potpunosti isti kao i visina izlaznog PDV, što je pomenutu kompaniju stavilo u fiskalni neutralni položaj. Kada je posao bio završen, kompanija X je prodala nepokretnost trećoj filijali Halifax kompanije, firmi Z, koja je poslovni prostor dalje iznajmljivala matičnoj kompaniji, odnosno finansijskoj instituciji Halifax. Prodaja nepokretnosti, kao ni iznajmljivanje nisu podlegali oporezivanju porezom na dodatu vrednost. Konačan rezultat se ogledao u tome da je kompanija Halifax, koja ne bi imala pravo na pun odbitak prethodnog poreza, preko mreže svojih filijala uspela da odbije celokupan ulazni PDV koji su obračunali izvođači radova.⁷

² Rita de la Feria, „Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC law through tax“, *Common Market Law Review*, Thomas Ackermann *et al.* (eds), Vol. 45, Iss. 2, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 418.

³ Case C-255/02.

⁴ Za ceo opis slučaja v.: Jefferson Peck VanderWolk, „The Halifax Case: Substance over Form in Determining VAT Liability in the United Kingdom“, *Worldwide Tax Daily*, 99–11, 2001, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1551831>.

⁵ Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax OJ L 347, 11. 12. 2006, čl. 174.

⁶ R. de la Feria (2008), *op. cit.*, 422.

⁷ *Ibidem*.

Poreska uprava UK je tvrdila da bi trebalo zanemariti sve transakcije i u obzir uzeti jedino transakciju između izvođača radova i kompanije Halifax, koja bi se desila da nije korišćena mreža umetnutih povezanih kompanija.⁸ Konkretno, poreska administracija je pred sudom tvrdila da transakcija koja je motivisana izbegavanjem plaćanja PDV ne formira „isporuku dobara i usluga“ kako to zakon navodi.⁹ Takođe, poreska administracija je tvrdila da je potrebno zanemariti šemu koja je čisto motivisana smanjenjem plaćanja PDV, a na osnovu zabrane zloupotrebe prava kao principa prava EU.¹⁰ Sud Ujedinjenog Kraljevstva je uputio Evropskom sudu pravde zahtev za preliminarnom odlukom sa pitanjem da li doktrina zabrane zloupotrebe prava, koju su razvili domaći sudovi, može da prekludira pravo poreskog obveznika da odbije prethodni porez od svog izlaznog PDV ukoliko je ekskluzivna svrha transakcije abuzivna.¹¹

Evropski sud pravde je u svojoj odluci naveo da PDV Direktiva mora biti interpretirana u smislu da prekludira bilo kakva prava poreskog obveznika da odbije prethodni porez ukoliko transakcije, na osnovu kojih je to pravo stečeno, formiraju abuzivnu praksu.¹² Na ovaj način, Evropski sud pravde je principu zabrane zloupotrebe prava pripisao karakter primarnog prava.¹³ Takođe, sud je naveo da princip zabrane zloupotrebe prava ne prekludira poresko planiranje, jer poreski obveznici mogu da strukturiraju svoje poslovanje kako bi smanjili svoje poreske obaveze, ali je zato abuzivna praksa zabranjena.¹⁴ U presudi je navedeno da abuzivna praksa kod PDV sistema postoji ukoliko se ispune sledeća dva elementa. Prvo, posmatrajuće transakcije, bez obzira na činjenicu da ispunjavaju formalne uslove iz Šeste direktive i nacionalne legislativne u koju je pomenuta direktiva implementirana, rezultiraju prinosom u okviru poreskih pogodnosti, čije bi odobrenje bilo u suprotnosti sa svrhom ovih odredaba.¹⁵ Drugo, na osnovu mnogobrojnih objektivnih faktora mora biti očigledno da je esencijalni cilj transakcija iskorišćavanje poreskih pogodnosti.¹⁶ Takođe, što se tiče drugog elementa, nacionalni sudovi moraju da utvrde

⁸ J. P. VanderWolk, op. cit., 1–2.

⁹ *Ibidem*, 3.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ R. de la Feria (2008), op. cit., 422.

¹² Case C-255/02, par. 85.

¹³ Robert Danon *et al.*, „The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases“, *Intertax*, Vol. 49, Iss. 6 & 7, 2021, 484.

¹⁴ R. de la Feria (2008), op. cit., 422.

¹⁵ Case C-255/02, par. 74.

¹⁶ *Ibidem*, par. 75.

postojanje prave suštine i značaja transakcije, gde se u obzir može uzeti čista veštačka priroda takve transakcije, kao i veza pravne, ekonomske i lične prirode između lica koja učestvuju u šemi za smanjenje poreskog opterećenja.¹⁷ Dakle, Evropski sud pravde je smatrao da nacionalni sudovi moraju u svakom konkretnom slučaju da proveravaju da li su ispunjena navedena dva uslova, odnosno da li postoji abuzivna praksa.¹⁸ Ukoliko ovakva praksa postoji, potrebno je da se transakcije redefinišu u smislu uspostavljanja stanja koje bi postojalo u slučaju nepostojanja transakcije koja formira abuzivnu praksu.¹⁹ Ova presuda potvrđuje mišljenje suda Ujedinjenog Kraljevstva prema kojem je transakcija između izvođača radova i finansijske institucije Halifax jedina transakcija koja bi trebalo da se uzme u obzir, odnosno trebalo bi zanemariti transakcije koje su sprovele povezane kompanije X i Y.²⁰

Princip zabrane zloupotrebe prava kod direktnih poreza

Što se tiče direktnih poreza, u slučaju *Kofoed*, Evropski sud pravde je odlučio drugačije.²¹ U pomenutom sudskom slučaju korišćen je princip zabrane zloupotrebe prava, međutim, bez direktnog efekta na pojedince.²² Konkretnije, u slučaju da antiabuzivno pravilo iz direktive nije implementirano, princip zabrane zloupotrebe prava ga ne može zameniti.²³ U kasnijem slučaju *Italmoda* iz 2014. godine koji se odnosio za evaziju PDV, potvrđeno je da princip zabrane zloupotrebe prava u sferi indirektnih poreza ima ulogu opšteg nadnacionalnog načela primarnog prava EU.²⁴ Evropski sud pravde je ponovo utvrdio da država članica može da odbije da primeni odredbe iz PDV Direktive, odnosno nacionalnog PDV zakona u okviru

¹⁷ *Ibidem*, par. 81.

¹⁸ R. de la Feria (2008), op. cit., 422.

¹⁹ Case C-255/02, par. 94.

²⁰ J. P. VanderWolk, op. cit., 4.

²¹ Judgment of the Court (First Chamber), Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet. C-321/05, 5 July 2007.

²² Susi Hjorth Baerentzen, „Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?“, *World Tax Journal*, Vol. 12, No. 1, 2020, 22–23.

²³ Rita de la Feria, „On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law“, *EC Tax Review*, Vol. 29, No. 4, 2020, 2, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3628448>, or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3628448>.

²⁴ Judgment of the Court (First Chamber), 18 December 2014, Staatssecretaris van Financiën v Schoenimport 'Italmoda' Mariano Previti vof and Turbu.com BV and Turbu.com Mobile Phone's BV v Staatssecretaris van Financiën, Joined Cases C-131/13, C-163/13 and C-164/13.

kojeg je Direktiva implementirana, ukoliko poreski obveznik učestvuje ili je mogao znati da učestvuje u evaziji PDV, iako nacionalni zakon ne sadrži odredbu koja bi mogla da proizvede takvo dejstvo.²⁵ Razlog ovakvog rezonovanja suda možemo pre svega naći u čl. 113 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, koji ukazuje na potrebu harmonizacije indirektnih poreza zbog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta i izbegavanja poremećaja u tržišnoj kompeticiji.²⁶ U odnosu na direktne poreze, PDV je u Evropskoj uniji više harmonizovan i podložniji zloupotrebama, a takođe prikupljeni PDV država članica doprinosi zajedničkom budžetu EU.²⁷

Međutim, 2019. godine u jednom sudskom slučaju koji se odnosio na porez po odbitku na kamate i dividende, Evropski sud pravde je uprkos prethodnim slučajevima u okviru direktnih poreza ipak odlučio drugačije. Naime, danski sudovi su 19. februara 2016. zatražili preliminarnu odluku od Evropskog suda pravde povodom interpretacije prava Evropske unije.²⁸ Jedno od pitanja koje su sudovi postavili glasilo je: „Da li se država članica može pozivati na čl. 1. st. 2 Direktive [90/435], koji se odnosi na primenu nacionalnih odredaba za sprečavanje utaja i zloupotreba, samo pod uslovom da je navedena država članica usvojila posebnu nacionalnu odredbu kojom se implementira čl. 1. st. 2 te direktive, odnosno da nacionalno pravo sadrži opšte odredbe ili načela o utaji i zloupotrebi poreza koji se mogu tumačiti u skladu s navedenim čl. 1. st. 2?“²⁹ Čl. 1. st. 2 Direktive o filijali i matičnoj kompaniji predviđao je da Direktiva ne može da prekludira domaće ili ugovorne antiabuzivne norme koje sprečavaju poresku utaju ili zloupotrebu.³⁰ Evropski sud pravde je 2019. godine doneo dve zasebne presude povodom zajedničkih slučajeva

²⁵ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdanska, „The Parent-Subsidiary Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation*, Michael Lang et al. (eds), Linde, Wien 2018, 15.

²⁶ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, Alphen aan den Rijn 2012, 11.

²⁷ L. Adamczyk, A. Majdanska, op. cit., 15.

²⁸ Susi Hjorth Baerentzen, „Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An analysis of Advocate General Kokott’s Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases“, *European Taxation*, Vol. 58, No. 8, 2018, 343.

²⁹ Evropski sud pravde je doneo dve posebne odluke istog dana, jedna je vezana za dividende, a druga za kamate. Za dividende v.: Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C-116/16 (T Denmark) and C-117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 48, st. 1, tač. (a) i (b). Za kamate v.: Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C-115/16 (N Luxembourg I), C-118/16 (X Denmark), C-119/16 (C Denmark I), C-299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 45, st. 2, tač. (a) i (b).

³⁰ Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29. 12. 2011, čl. 1. st. 2.

za dividende i kamate, i u odlukama naveo da iako pravilo iz Direktive nije implementirano u nacionalno pravo, odnosno ne postoje domaće antiabuzivne odredbe, države članice u skladu sa opštim principom gde su abuzivne prakse zabranjene, moraju da odbiju primenu određene povoljnosti iz Direktive, odnosno nacionalnog prava u koje je Direktiva implementirana.³¹ Opšti punomoćnik je u svom mišljenju navela da čl. 1. st. 2 Direktive zaista reflektuje princip zabrane zloupotrebe prava i da se lica ne mogu osloniti na pravo Evropske unije u slučaju zloupotrebe ili evazije.³² Međutim, ona se dalje pozivala na prethodne presude Evropskog suda pravde, posebno navodeći slučaj *Kofoed*, gde je navedeno da se Direktiva ne može direktno primeniti na pojedinca, ukoliko nedostaje implementacija pomenutog člana Direktive.³³ Evropski sud pravde je najverovatnije promenio mišljenje s obzirom na to da se direktni porezi sve više harmonizuju.

Prema Evropskom sudu pravde, da bi se neka praksa smatrala abuzivnom, potrebno je da postoji:³⁴

- kombinacija objektivnih kriterijuma prema kojima, iako su formalno ispunjeni uslovi za primenu EU prava, svrha tih pravila nije postignuta; i
- subjektivni element koji se sastoji od namere da se iskoriste prednosti iz pravila EU, tako što se namerno stvaraju veštački uslovi koji su potrebni da se pomenute prednosti iskoriste.

Dalje, Evropski sud pravde je u odnosu na slučaj *Halifax* nacionalnim sudovima sada dao konkretnije smernice pri određivanju subjektivnog elementa.³⁵ Naime, sledeći objektivni kriterijumi mogu ukazati na postojanje subjektivnog elementa, odnosno zloupotrebe:³⁶

- grupa kompanija je strukturirana tako da se prisvoje poreske koristi;
- umetnuta holding kompanija nema dovoljno prihoda, koji joj omogućava normalno poslovanje, iz razloga što se primljena dividenda prosleđuje akcionar;

³¹ Robert Danon *et al.*, op. cit., 482.

³² Opinion of Advocate General Kokott, case C-116/16, 1. March 2018, par. 48.

³³ S. H. Baerentzen (2018), op. cit., 345; Opinion of Advocate General Kokott, case C-116/16, 1. March 2018, par. 99.

³⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C-116/16 (T Denmark) and C-117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 97.

³⁵ Susi Hjorth Baerentzen, Arjan Lejour, Maarten van 't Riet, „Limitation to Holding Structures for Intra-EU Dividends: An End to Tax Avoidance?“, *World Tax Journal*, Vol. 12, No. 2, 2020, 273.

³⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C-116/16 (T Denmark) and C-117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 100–106.

– jedina svrha holding kompanije jeste redistribucija dividende, a što se može utvrditi na osnovu nepostojanja menadžmenta, zaposlenih, zakupljenih kancelarija, troškova i slično;

– celokupnu dividendu, ili većinu primljene dividende, filijala redistribuiru akcionarima vrlo brzo nakon primanja navedene dividende;

– postoje ugovorna, pravna i obaveza koja proizlazi iz činjenica slučaja da se dividenda prosledi iz čega proizlazi da holding kompanija nema pravo da koristi i uživa dividende; i

– postoji uska vremenska povezanost između postavljanja kompleksnih finansijskih transakcija, odnosno struktura i novog poreskog režima.

Dakle, Evropski sud pravde je detaljnije obrazložio koji objektivni uslovi mogu da konstituišu zloupotrebu. Nacionalni sudovi odluku Evropskog suda pravde koriste u formi uputstava, jer treba posebno pristupiti svakom pojedinačnom slučaju i posebno proceniti svaku objektivnu činjenicu od značaja. Svakako, Evropski sud pravde je naveo detaljniji pravac koji nacionalnim sudovima može da pomogne u donošenju odluke. Možemo izvesti zaključak da je princip zabrane zloupotrebe prava zapravo doktrinarna i sudska antiabuzivna mera, međutim, postavlja se pitanje da li je navedeni princip nadnacionalno načelo ili vid interpretacije u Evropskoj uniji.

Princip zabrane zloupotrebe prava kao opšte načelo prava EU

Pre svega, treba reći da se jedino čl. 288. st. 2 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (EC Treaty) odnosi na „opšte principe koji su zajednički zakonima država članica“ u kontekstu vanugovornih obaveza.³⁷ Opšti principi koje stvara Evropski sud pravde čine deo komunitarnog prava i njihova svrha jeste popunjavanje „praznina“ koje postoje usled nekompletnog karaktera pravnog sistema Evropske unije.³⁸

Pitanje koje se može postaviti jeste: Da li je princip zabrane zloupotrebe prava opšte načelo prava EU ili ima interpretativni karakter? Pre odluka Evropskog suda pravde u presudama *Halifax* i danskim slučajevima za kamatu i dividendu smatralo se da pomenuti princip nema karakter opšteg načela EU. U literaturi su se mogla pronaći četiri razloga za navedeno razmišljanje.³⁹ Prvo, Evropski sud pravde

³⁷ R. de la Feria (2008), op. cit., 434.

³⁸ *Ibidem*, 434 i 435.

³⁹ *Ibidem*, 436 i 437.

nije priznao postojanje takvog principa. Drugo, princip zabrane zloupotrebe prava ne primenjuje se u domaćim pravima svih država članica. Treće, nema preciznog komunitarnog značenja pojma „zloupotreba prava“, niti postoje specifični kriterijumi za određivanje pomenutog pojma. Četvrto, ovaj princip je tek započeo i ne primenjuje se svuda konzistentno. Međutim, autori koji zastupaju suprotan stav navode kontra argumente. Pre svega, da bi se neki princip smatrao opštim načelom prava EU, nije potrebno da se ovaj princip primenjuje u svim državama članicama već u većini, što i jeste slučaj.⁴⁰ Dalje, Evropski sud pravde je detaljnije u svojim presudama naveo šta se smatra zloupotrebom i koji elementi moraju da postoje, ali je bitno naglasiti da stvaranje principa od strane pomenutog suda predstavlja dinamički proces i da takav princip nije stvoren kao definitivno, već kao razvojno rešenje.⁴¹ Presude Evropskog suda pravde, počevši od slučaja *Halifax*, potvrđuju postojanje principa zabrane zloupotrebe prava. Na primer, u slučaju povodom PDV *Italmoda* iz 2014. godine, Evropski sud pravde je naveo da se princip zabrane zloupotrebe prava direktno primenjuje, što je odlika opšteg načela, a ne sredstva interpretacije određenih normi.⁴² U presudi *Halifax*, Evropski sud pravde navodi izraze poput „princip zabrane abuzivne prakse“ i „opšte načelo komunitarnog prava da je zloupotreba prava zabranjena“, što ukazuje na činjenicu da je pomenuti sud ovom principu prepisao očigledan karakter opšteg načela prava EU.⁴³ Što se tiče presude povodom danskih slučajeva za dividende i kamate, Evropski sud pravde je potvrdio svoj stav iz presuda povodom PDV, pa je tako principu zabrane zloupotrebe prava pripisao karakter opšteg načela kao deo primarnog prava EU, koje ima primat nad direktivama koje čine sekundarno pravo EU.⁴⁴ U danskim slučajevima, pomenuti sud je naveo i dodatne objektivne indicije koje mogu da posluže otkrivanju subjektivnog elementa.

Dakle, opšte načelo da je zabranjeno zloupotrebiti pravo EU, razvijalo se počevši od presude *Halifax*, sve do presude povodom danskih slučajeva sa dividendama i kamatama, što je uticalo na konkretizovanje pomenutog načela. Ukoliko bi princip zabrane zloupotrebe prava imao samo interpretativni karakter, primenjivao bi se kao dopunsko sredstvo tumačenja postojećih zakonskih normi u skladu sa pravom EU, a ne kao obavezujući opšti princip primarnog prava koji mora da se primenjuje bez obzira na nepostojanje zakonskih normi koje bi mogle da spreče

⁴⁰ *Ibidem*, 437.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² R. de la Feria (2020), op. cit., 2.

⁴³ R. de la Feria (2008), op. cit., 437.

⁴⁴ Robert Danon *et al.*, op. cit., 486.

zloupotrebu prava EU.⁴⁵ Možemo zaključiti da u okvirima Evropske unije princip zabrane zloupotrebe prava ima karakter opšteg načela primarnog prava EU.

NAČELO FAKTICITETA U DOMAĆEM PORESKOM ZAKONU SRBIJE

Čl. 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (dalje: ZPPPA) predviđa načelo fakticiteta koje glasi:⁴⁶

(1) Poreske činjenice utvrđuju se prema njihovoj ekonomskoj suštini.

(2) Ako se simulovanim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, za utvrđivanje poreske obaveze osnovu čini disimulovani pravni posao.

(3) Kada su na propisima suprotan način ostvareni prihodi, odnosno stečena imovina, Poreska uprava će utvrditi poresku obavezu u skladu sa zakonom kojim se uređuje odgovarajuća vrsta poreza.

Pre svega, treba reći da načelo fakticiteta predstavlja opštu antiabuzivnu meru (engl. General Anti-Abusive Measure – GAAR), koja se primenjuje u situacijama za koje zakonodavac nije predvideo specijalno antiabuzivno pravilo. GAAR je neophodni deo zakona, međutim, on uopšteno protivureći zakonskim odredbama koje poreskom obvezniku dozvoljavaju mogućnost uživanja fiskalnih pogodnosti i, upravo zbog toga, njegova primena nije laka.⁴⁷

Čl. 9 ZPPPA ima nekoliko nedostataka. Prvo, jedna nejasna i preširoko postavljena norma data je na raspolaganje poreskom organu bez njegove prethodne pripreme za njenu primenu, kao i bez postavljanja bilo kakvih ograničenja koje bi novodobijenu moć sputavale.⁴⁸ Drugo, načelo fakticiteta koje predstavlja opštu antiabuzivnu meru u srpskom zakonodavstvu se koristi i kao sredstvo za suzbijanje nezakonite evazije, umesto isključivo protiv zakonite, a nelegitimne evazije.⁴⁹

⁴⁵ R. de la Feria (2020), op. cit., 4.

⁴⁶ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/02, 84/02 – ispr., 23/03 – ispr., 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – dr. zakon, 62/06 – dr. zakon, 61/07, 20/09, 72/09 – dr. zakon, 53/10, 101/11, 2/12 – ispr., 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20 i 96/21, čl. 9.

⁴⁷ John Prebble, „Kelsen, the Principle of Exclusion of Contradictions, and General Anti-Avoidance Rules in Tax Law“, *WU International Taxation Research Paper Series*, No. 23, 2015, 5–6.

⁴⁸ Svetislav Kostić, „Načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu“, *Harmonius*, god. V, 2016, 125.

⁴⁹ Gordana Ilić-Popov, Dejan Popović, Lidija Živković, „A: Anti-avoidance measures of general nature and scope – gaar and other rules“, *International Fiscal Association 2018 Seoul Congress*, Vol. 103, 11.

Treće, zakon nije naveo kako otkriti desimulovani pravni posao,⁵⁰ i koje su odlučujuće objektivne činjenice koje bi mogle određenu transakciju da okarakterišu kao simulovanu. Takođe, nisu navedene ni objektivne činjenice koje ukazuju na to da određeni pravni posao ne poseduje ekonomsku suštinu.

Pogledajmo sledeći primer.⁵¹ Poreski obveznik, unosi nepokretnost velike vrednosti kao nenovčani ulog u d. o. o. kompaniju čiji je on jedini vlasnik. Nakon toga prodaje 100% svog udela kupcu, gde je izbegnuto plaćanje poreza na prenos apsolutnih prava,⁵² jer je prikriveni pravni posao kupoprodaja nepokretnosti. Prema saznanjima autora, u praksi, Poreska uprava Srbije bi u ovakvim slučajevima, kojih je ranije bilo dosta, primenila načelo fakticiteta skoro automatski. Budući da zakon ne određuje koje objektivne činjenice ukazuju na to da ne postoji suština posla i da li je neki pravni posao zapravo simulovan, poreske vlasti su mogle automatski, bez većeg ispitivanja konkretnog slučaja, da primenjuju pomenuto načelo čim bi primetile prodaju udela čija je vrednost zasnovana jedino na vrednosti unete nepokretnosti. Zamislimo situaciju da poreski obveznik želi da proda nepokretnost preko udela firme, ali je pre prodaje udela zaista obavljao delatnost iznajmljivanja dela iste nepokretnosti u kratkom periodu od nekoliko dana do nekoliko meseci, a koje je trajalo do prodaje udela. Pre prodaje bi sebi isplatio dividendu koja može biti i jako mala s obzirom na to da je obveznik mogao da iznajmi minimalni deo nepokretnosti, ili je mogao prihode da alocira na zarade zaposlenih. Delatnost može biti kratka ali svakako je obavlja, a takođe zamislimo da ima i dva zaposlena radnika u svojoj firmi pre prodaje udela. Ukoliko pogledamo ovakvu strukturu, primenom čl. 9 moglo bi se zaključiti da postoji ekonomska suština (iako se u zakonu ne objašnjava šta čini ekonomsku suštinu), ali ako se pogleda namera poreskog obveznika, moglo bi se reći da je prodaja udela simulovani posao. Dolazimo do problema u tumačenju, jer zakon ne pominje subjektivni element načela fakticiteta, niti način na koji se otkriva takav subjektivni element. Videćemo u narednom delu da se navedeni nedostaci mogu prevazići primenom principa zabrane zloupotrebe prava koje je razvio Evropski sud pravde, a u vidu interpretacije načela fakticiteta.

⁵⁰ S. Kostić, op. cit., 114–115.

⁵¹ *Ibidem*, 115–116.

⁵² Prodaja udela nije oporeziva sa stanovišta poreza na prenos apsolutnih prava, dok prenos nepokretnosti jeste: Zakon o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, 45/02 – US, *Službeni list SRJ*, broj 42/02 – US, „Službeni glasnik RS“ broj 80/02, 80/02 – dr. zakon, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – US, 47/13, 68/14 – dr. zakon, 95/18, 99/18 – US, 86/19, 144/20, 118/21. Prečišćen tekst zaključno sa izmenama, *Službeni glasnik RS*, broj 118/21, koje su u primeni od 1. 1. 2022. (izmene u čl.: 2, 10, 16, 21, 23, 25, 27, 28, 31, 33, 35, 36, 38b, 40, 42); – osim čl. 27a, 35a, 40a – u primeni od 31. 3. 2022, čl. 23.

PRINCIP ZABRANE ZLOUPOTREBE PRAVA KAO SREDSTVO
TUMAČENJA NAČELA FAKTICITETA

Načelo fakticiteta ima svoje nedostatke, a Ministarstvo finansija, kao ni Upravni sud, nisu doprineli razjašnjenju ovog načela. Načelo fakticiteta je u nekoliko slučajeva pominjao Vrhovni sud Srbije, ali ne u okviru opšteg antiabuzivnog karaktera.⁵³ Konkretnije, Vrhovni sud je načelo fakticiteta shvatio kao opšte načelo poreskog postupka za čiju primenu pitanje izbegavanja plaćanja poreza u najmanju ruku nije presudno i koje se mora poštovati u svakom slučaju, nezavisno od toga da li njegova primena ide u korist ili na štetu poreskog obveznika.⁵⁴ S obzirom na to da se kao poslednja instanca u poreskim postupcima nalazi Upravni sud, praksa ovog suda je presudna za tumačenje zakonskih odredaba. Kostić navodi da je jurisprudencija Upravnog suda Srbije usmerena i na podučavanje Poreske uprave u pogledu koraka koji moraju da budu ispunjeni kako bi se prepoznao simulovani posao, pri čemu se u njoj podvlači obaveza da se u slučaju ocene da je određeni posao simulovan mora nedvosmisleno odrediti i disimulovani pravni posao.⁵⁵

Vidimo da Upravni sud pruža neka navođenja, međutim, bitno je napomenuti da iako ovaj sud stvara sudsku praksu i time jasnije određuje pravac primene konkretne norme, on nema posebno obučene sudije za poreske stvari, odnosno ne postoji poresko odeljenje Upravnog suda. Prema tome, sudija Upravnog suda, koji odlučuje u opštim upravnim stvarima, nije poreski stručnjak, što bi moglo da utiče na njegovo tumačenje koje bi moglo biti u suprotnosti sa samom suštinom načela fakticiteta. Sudija koji formira praksu po pitanju načela fakticiteta morao bi da dobro poznaje uporednopravnu tradiciju zemalja koje primenjuju zakonsko ili doktrinarno, odnosno sudsko opšte antiabuzivno pravilo.

Upravni sud je povodom načela fakticiteta takođe naveo da nije dovoljno samo odrediti da je neki posao simulovan, već je neophodno utvrditi i prirodu disimulovanog posla, s tim da je, pošto je za prepoznavanje disimulovanog pravnog posla ključno za razumevanje namere poreskog obveznika, za potrebnu primenu čl. 9. st. 2 ZPPPA neophodno i učešće poreskog obveznika u postupku.⁵⁶ Namera poreskog obveznika ili bilo koji drugi subjektivni element nije naveden u okviru čl. 9 ZPPPA, međutim, sud smatra da preko namere poreskog obveznika treba utvrditi da je postojao disimulovani, odnosno prikriveni posao. Ukoliko sudija

⁵³ S. Kostić, op. cit., 124.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, 125.

⁵⁶ *Ibidem*.

ne poznaje uporedno poresko pravo u oblasti opštih antiabuzivnih normi, ne može doneti potpunu odluku po pitanju objektivnih činjenica koje, kada se uzmu skupa u obzir, formiraju subjektivni element.

Načelo fakticiteta kao opšta antiabuzivna mera imalo je za cilj, pre svega, sprečavanje zakonite a nelegitimne evazije, što je blisko pojmu zloupotrebe prava.⁵⁷ Princip zabrane zloupotrebe prava je Evropski sud pravde koristio za suzbijanje transakcija koje formalno ispunjavaju uslove za primenu prava EU, ali svrha tih pravila nije postignuta, jer postoji namera da se iskoriste prednosti iz pravila EU, tako što se veštački stvaraju uslovi koji su potrebni kako bi se pomenute pogodnosti iskoristile. Možemo primetiti sličnost između pomenutog principa i načela fakticiteta. Naime, načelo fakticiteta navodi postojanje simulovanog i prikrivenog pravnog posla, pri čemu, oporezivanju podleže samo prikriveni pravni posao, dok princip zabrane zloupotrebe prava pre svega nastoji da utvrdi postojanje formalne ispunjenosti člana zakona, što bi činilo formalni posao, gde je veštačkim putem ostvarena pogodnost. Kao konačan rezultat u presudi *Halifax*, Evropski sud pravde je smatrao da treba oporezovati transakciju koja bi se desila da nisu bili stvoreni veštački uslovi za iskorišćavanje pogodnosti određene norme,⁵⁸ odnosno da treba oporezovati pravni posao koji je ostao prikriven. Formulacija koju koristi Evropski sud pravde složenija je od načina na koji je napisan čl. 9 domaćeg zakona, odnosno pruža više informacija, što omogućava nacionalnim sudovima u EU da lakše primene princip zabrane zloupotrebe prava. Takođe, Upravni sud, podsetimo se, naveo je da poreske vlasti moraju nedvosmisleno da otkriju koji je to prikriveni posao, dok Evropski sud pravde ne navodi termin desimulovanog posla, ali je suština vrlo slična. Ovaj sud smatra da prvo treba utvrditi da svrha određenog pravila nije postignuta, jer su se stvorili veštački uslovi da se formalno ispune zahtevi iz određene norme, a zatim, nakon utvrđivanja da postoji formalna transakcija, pristupiti utvrđivanju subjektivnog elementa. Dalje, ukoliko bi se utvrdilo da su transakcije konstruisane s ciljem iskorišćavanja pogodnosti iz pravnih normi, treba utvrditi transakciju koja bi se desila da nisu stvoreni veštački uslovi za iskorišćavanje pogodnosti iz određene norme, i takvu prikrivenu transakciju oporezivati. Konkretnije, da bi se oporezovala prikrivena transakcija, Evropski sud pravde navodi da treba utvrditi njenu suštinu. Možemo zaključiti da načelo fakticiteta i princip zabrane zloupotrebe prava iz preliminarnih odluka Evropskog suda pravde imaju zajednički cilj, a to je sprečavanje zloupotrebe i oporezivanje prikrivene, odnosno faktičke transakcije

⁵⁷ *Ibidem*, 118.

⁵⁸ J. P. VanderWolk, op. cit., 4.

koja bi se desila da nisu veštačkim putem ostvareni uslovi zakonske norme koja propisuje određene poreske pogodnosti.

Dalje, treba navesti jako bitnu razliku između principa i zakonske odredbe, poput načela fakticiteta. Naime, principi ne moraju da budu primenjeni u svim slučajevima i u svom punom obimu, već pravni princip treba primeniti u obimu dovoljnom da se slučaj reši, dok, s druge strane, zakonska norma mora biti primenjena u svom punom obimu.⁵⁹ Takođe, pravni princip ne mora da egzistira u pisanom obliku, niti je potrebno da čini deo pozitivnog prava.⁶⁰ Prema tome, smatramo da princip zabrane zloupotrebe prava može da posluži kao sredstvo tumačenja načela fakticiteta. Poreske vlasti, kao i Upravni sud, mogli bi da primenjuju princip zabrane zloupotrebe prava iz presuda Evropskog suda pravde, koji je naveo posebne smernice nacionalnim sudovima po pitanju određivanja šta se smatra zloupotrebom i koji objektivni elementi mogu da konstituišu subjektivni element. Na primeru konkretnog slučaja, Upravni sud je naveo da poreska administracija ima obavezu da otkrije prikriveni posao, što se može odrediti samo na osnovu namere poreskih obveznika, koja usled primene principa zabrane zloupotrebe prava može biti otkrivena sagledavanjem skupa objektivnih činjenica. Takođe, Upravni sud bi mogao i da razmatra kako su nacionalni sudovi u danskim slučajevima nakon donošenja preliminarne odluke Evropskog suda pravde odredili subjektivni element i utvrdili da zloupotreba određene norme postoji. Dakle, prikriveni posao bi mogao lakše da se dokaže ukoliko bi se primenio princip zabrane zloupotrebe prava koji je Evropski sud pravde uvrstio u primarno pravo EU. Pomenuti princip se u okvirima Evropskog suda pravde razvijao gotovo dve decenije, počevši od presude *Halifax*, što čini sudsku praksu bogatom, a takođe, nacionalni sudovi članica EU morali su svoje konačne odluke da usklade sa preliminarnim odlukama Evropskog suda pravde. Prema tome, takvu bogatu praksu, Upravni sud Srbije bi mogao da koristi za interpretaciju načela fakticiteta.

ZAKLJUČAK

Princip zabrane zloupotrebe prava sastoji se od objektivnog i subjektivnog elementa. Konkretnije, ukoliko su formalno ispunjeni uslovi za primenu određene norme, ali, sagledavajući objektivne kriterijume, svrha tih normi nije ispunjena,

⁵⁹ Slavomira Henčkova, Prohibition of Abuse of Law as a General Principle, 22. https://www.academia.edu/35795303/Prohibition_of_Abuse_of_Law_as_a_General_Principle#:~:text=PROHIBITION%20OF%20ABUSE%20OF%20LAW%20AS%20A%20GENERAL,Tento%20pr%C3%ADspevok%20sa%20bude%20zaobera%20pr%C3%A1ve%20uveden%C3%BDmi%20ot%C3%A1zkami. 15. 9. 2022.

⁶⁰ Slavomira Henčkova, „Is the Prohibition of Abuse of Law a Legal Principle?“, *Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper*, No. 2017/I/2, 7.

i ukoliko postoji namera da se iskoriste pogodnosti koje norma pruža, tako što se veštački stvaraju uslovi da se pogodnosti iskoriste. Evropski sud pravde je u presudi *Halifax* pomenutom principu pripisao karakter načela primarnog prava, ali samo u sferi poreza na dodatu vrednost. Međutim, 13 godina kasnije, Evropski sud pravde je isto uradio i povodom direktnih poreza, čime je princip zabrane zloupotrebe prava uzdigao na rang nadnacionalnog načela za sve vrste poreza u državama članicama EU.

Načelo fakticiteta kao opšta antiabuzivna mera ima svoje nedostatke. Pre svega, norma je preširoka, i bez većih uputstava data poreskoj administraciji na raspolaganje. Zatim, cilj antiabuzivne mere trebalo bi da bude sprečavanje transakcija koje ne čine krivično delo i koje su veštački sutrukturirane tako da se formalno ispune uslovi koje norma zahteva, ali svrha takvih normi u stvari nije ostvarena. Načelo fakticiteta, takođe, na navodi da se ekonomska suština ili otkrivanje prikrivenog posla zasniva na obradi objektivnih činjenica. Uz još mnogo nedostataka, možemo reći da bi načelo fakticiteta trebalo promeniti izmenom zakona, međutim, kako ova norma stoji nepromenjena od 2003. godine, smatramo da je tako nešto teško očekivati. S druge strane, princip zabrane zloupotrebe prava koji se zasniva na istom cilju kao i načelo fakticiteta,⁶¹ može poslužiti kao sredstvo interpretacije čl. 9 ZPPPA.

Ukoliko bi princip zabrane zloupotrebe prava imao samo interpretativni karakter, mogao bi se primenjivati kao dopunsko sredstvo tumačenja načela fakticiteta, a ne kao opšti princip koji se primenjuje bez obzira na nepostojanje zakonskih opštih antiabuzivnih normi, odnosno nezavisno od primene načela fakticiteta. Zaključimo, s obzirom na to da nije član EU, Srbija nije u obavezi da primenjuje načelo zabrane zloupotrebe prava, ali princip na kome se pomenuto načelo zasniva može da posluži u tumačenju načela fakticiteta. Svakako, bilo bi bolje da se načelo fakticiteta izmeni u okviru zakona, međutim, s obzirom na to da od 2003, kada je uvedeno, ovo načelo ni do danas nije promenjeno, smatramo da je lakše primeniti princip zabrane zloupotrebe prava kao sredstvo tumačenja, kao izglednije rešenje. De la Feria smatra da je princip zabrane zloupotrebe prava delimično kodifikovan u čl. 6 ATAD Direktive^{62, 63}, pa tako, ukoliko bismo postali članica EU, morali bismo načelo fakticiteta da uskladimo sa čl. 6 ATAD Direktive, odnosno, indirektno, s principom zabrane zloupotrebe prava.

⁶¹ Ne uzimajući u obzir činjenicu da načelo fakticiteta, jezičkim tumačenjem, može da posluži i za suzbijanje nezakonite evazije poreza.

⁶² Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market OJ L 193, 19. 7. 2016.

⁶³ R. de la Feria (2020), op. cit., 7.

MILOŠ VASOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE PROHIBITION OF ABUSE OF LAW AS A TOOL
OF INTERPRETATION OF THE SUBSTANCE OVER FORM
LEGAL PRINCIPLE IN THE DOMESTIC TAX LAW

Summary

The principle of prohibition of abuse of law was recognized as the primary law of the EU in the Halifax case, but only for value-added tax (VAT). Later on, the European court of justice (ECJ) did the same for direct taxes. For the prevention of the abuse of legal norms, Serbia currently uses the legal principle of substance over form from article 9 of the Law on tax procedure and tax administration, which is not precise enough. However, the Tax administration, the Ministry of Finance, and the Administrative Court of Serbia could use the principle of prohibition of abuse of law as a tool of interpretation for the domestic substance over form principle. The guidelines of ECJ regarding the prohibition of abuse of law could help the Administrative court of Serbia to interpret the domestic substance over form principle in the best way possible. The prohibition of abuse of law is now, with the help of ECJ, forming part of the primary law of the EU and has the character of the general binding principle within the borders of the EU. However, Serbia is not part of the EU, so the mentioned principle could be used as a tool of interpretation for the domestic substance over form legal principle, as both principles have the same goal of preventing the abuse of legal norms.

Key words: domestic substance over form legal principle, the prohibition of abuse of law, tax abuse and evasion

Literatura

- Adamczyk L., Majdanska A., „The Parent-Subsidiary Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation*, Michael Lang *et al.* (ur.), Linde, Wien, 2018.
- Baerentzen S. H., „Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An analysis of Advocate General Kokott’s Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases“, *European Taxation*, Vol. 58, No. 8, 2018.
- Baerentzen S. H., „Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?“, *World Tax Journal*, Vol. 12, No. 1, 2020.
- Baerentzen S. H., Lejour A., Van ’t Riet M., „Limitation to Holding Structures for Intra-EU Dividends: An End to Tax Avoidance?“, *World Tax Journal*, Vol. 12, No. 2, 2020.
- Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market OJ L 193, 19. 7. 2016.
- Danon R. *et al.*, „The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases“, *Intertax*, Vol. 49, Iss. 6 & 7, 2021.

- De la Feria R., „On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law“, *EC Tax Review*, Vol. 29, No. 4, 2020, 2, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3628448> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3628448>.
- De la Feria R., „Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC law through tax“, *Common Market Law Review*, Thomas Ackermann *et al.* (ur.), Vol. 45, Iss. 2, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.
- Henčková S., „Is the Prohibition of Abuse of Law a Legal Principle?“, *Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper*, No. 2017/I/2, 2017.
- Ilić-Popov G., Popović D., Živković L., „A: Anti-avoidance measures of general nature and scope – gaar and other rules“, *International Fiscal Association 2018 Seoul Congress*, Vol. 103.
- Kostić S., „Načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu“, *Harmonius*, god. V, 2016.
- Prebble J., „Kelsen, the Principle of Exclusion of Contradictions, and General Anti-Avoidance Rules in Tax Law“, *WU International Taxation Research Paper Series*, No. 23, 2015.
- Terra B. J. M., Wattel P. J., *European Tax Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, Alphen aan den Rijn, 2012.
- VanderWolk J. P., „The Halifax Case: Substance over Form in Determining VAT Liability in the United Kingdom“, *Worldwide Tax Daily*, 2001, 99–11, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1551831>.

PREGLEDNI RAD

JASMINKA OBUĆINA

NAMIRENJE STEČAJNIH POVERILACA U BANKROTSTVU

Cilj stečajnog postupka jeste namirenje poverilaca u što većem procentu u odnosu na utvrđena potraživanja. Namirenje poverilaca kroz stečajni postupak realizuje se unovčenjem imovine stečajnog dužnika i deobom sredstava dobijenih prodajom. Međutim, da bi poverilac namirio svoje potraživanje potrebno je da isto bude utvrđeno, što znači sadržano u konačnoj listi utvrđenih potraživanja. Svaka promena poverioca ili potraživanja poverioca mora biti praćena izmenom konačne liste. Konačna lista je sastavni deo rešenja o glavnoj deobi, pa izostanak poverioca iz konačne liste znači gubitak prava na namirenje, ne samo u glavnoj deobi, već u svakoj sledećoj (završnoj i naknadnoj). Stoga, centralno mesto u postupku namirenja poverilaca u slučaju bankrotstva zauzima: konačna lista utvrđenih potraživanja i glavna deoba.

Ključne reči: stečaj, bankrotstvo, konačna lista, glavna deoba

U V O D

Cilj stečajnog postupka jeste što povoljnije namirenje stečajnih poverilaca. To se postiže ostvarivanjem najveće moguće vrednosti imovine stečajnog dužnika ili dužnika kao pravnog lica, prodajom. Ovaj način namirenja poverilaca podrazumeva sprovođenje stečajnog postupka bankrotstvom.¹ Redefinisanje

Jasminka Obućina, predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu, e-mail: jasminka.obucina@pa.sud.rs.

¹ Čl. 1 st. 3 Zakona o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 i dr. zakon, 71/2012 – US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

dužničko-poverilačkih odnosa, statusne promene i dr. podrazumeva namirenje poverilaca sprovođenjem reorganizacije.²

U svakom slučaju institut stečajnog prava „Deoba“ podrazumeva da se stečajni postupak sprovodi bankrotstvom. Da bi se pristupilo prodaji u stečaju neophodno je prethodno preduzeti sledeće radnje: formiranje stečajne mase stečajnog dužnika, donošenje rešenja o bankrotstvu, procena imovine stečajnog dužnika ili stečajnog dužnika kao pravnog lica, unovčenje i formiranje deobne mase. To su radnje koje se tiču imovine stečajnog dužnika. U odnosu na prijavljena potraživanja neophodno je ista ispitati i usvojiti konačnu listu svih prijavljenih potraživanja, doneti zaključak o listi o utvrđenih i osporenih potraživanja. Konačna lista utvrđenih potraživanja je osnov za sačinjavanje nacrtu rešenja za glavnu deobu, a samim tim i rešenja o glavnoj deobi na osnovu koga se namiruju poverioci, čime se postiže cilj stečajnog postupka.

KONAČNA LISTA POTRAŽIVANJA

Postupak utvrđivanja potraživanja poverilaca započinje prijavljivanjem potraživanja.³ Prijave se dostavljaju nadležnom stečajnom sudu, a stečajni sudija, nakon što ispita blagovremenost i urednost svake prijave potraživanja, blagovremene i uredne prijave dostavlja stečajnom upravniku. Stečajni upravnik stečajnog dužnika nije nadležan da odlučuje o blagovremenosti i urednosti prijave potraživanja. Stečajni upravnik utvrđuje osnovanost, obim i ispladni red svakog potraživanja i o tome sačinjava listu priznatih i osporenih potraživanja, kao i redosled namirenja razlučnih i založnih poverilaca.⁴

Listu priznatih i osporenih potraživanja neophodno je razlikovati od liste svih poverilaca, koju takođe sačinjava stečajni upravnik nakon preuzimanja stečajne mase,⁵ popisa i pečačenja imovine.⁶ Listu svih poverilaca stečajni upravnik sačinjava na osnovu saznanja iz poslovnih knjiga i ostale dokumentacije koja je stečajnom upravniku dostupna, pa i iz prijave potraživanja ukoliko su podnete sa dokazima. U listi poverilaca stečajni upravnik je dužan da posebno evidentira razlučne i založne poverioce, zatim izlučne poverioce i zaposlene kod stečajnog dužnika za potraživanja koja se odnose na neisplaćene zarade. Lista poverilaca ima

² Čl. 1 st. 4 ZS.

³ Čl. 111 ZS.

⁴ Čl. 113 ZS.

⁵ Čl. 105 ZS.

⁶ Čl. 106 ZS.

sadržinu propisanu članom 107. stav 3 Zakona o stečaju: podaci o poslovnom imenu, odnosno imenu, sedištu, odnosno prebivalištu poverioca sa kontakt adresom, iznos potraživanja (glavni dug i kamata), pravni osnov potraživanja, opis stvari na kojima postoji razlučno i založno pravo, a u odnosu na založne poverioce poslovno ime i sedište, odnosno ime i prebivalište poverioca sa podacima o stvarima na kojima postoji založno pravo.

Lista poverilaca je značajna zbog sačinjavanja početnog stečajnog bilansa, kao i izveštaja o ekonomsko-finansijskom položaju stečajnog dužnika koji stečajni upravnik dostavlja za poverilačko ročište, o kome se na ročištu raspravlja i na osnovu koga se procenjuje mogućnost reorganizacije stečajnog dužnika, a u slučaju neizbora članova odbora poverilaca i za formiranje odbora poverilaca od strane stečajnog sudije.⁷

Listu priznatih i osporenih potraživanja stečajni upravnik dostavlja za ispitno ročište. Na osnovu liste priznatih i osporenih potraživanja i izmena unetih na ispitnom ročištu, stečajni sudija usvaja zaključkom konačnu listu. To znači da konačna lista, sadrži sve elemente koje sadrži i lista potraživanja. Utvrđena potraživanja u konačnoj listi su potraživanja koja nije osporio ni stečajni upravnik, ni bilo ko od poverilaca do zaključenja ispitnog ročišta.⁸ Na osnovu konačne liste stečajni sudija donosi zaključak o listi utvrđenih i osporenih potraživanja.⁹ Na osnovu uputa

⁷ Čl. 38 b) ZS: „Ako se na prvom poverilačkom ročištu ne izaberu članovi odbora poverilaca:

1) dužnost članova odbora poverilaca iz reda stečajnih poverilaca vrše četiri stečajna poverioca, osim lica koja u smislu člana 38. ovog zakona ne mogu biti članovi odbora poverilaca, za koja stečajni sudija zaključkom koji donosi na tom ročištu utvrdi da poseduju najveća pojedinačna neobezbeđena potraživanja;

2) dužnost člana odbora poverilaca iz reda razlučnih poverilaca vrši razlučni poverilac za kojeg stečajni sudija zaključkom iz tačke 1) ovog stava utvrdi, shodnom primenom člana 35. stav 3. ovog zakona, da poseduje najveći iznos potraživanja za koji postoji verovatnoća namirenja iz opterećene imovine.

U slučaju iz stava 1. ovog člana, ako stečajni dužnik nema razlučnih poverilaca, dužnost članova odbora poverilaca vrši pet poverilaca, osim lica koja u smislu člana 38. ovog zakona ne mogu biti članovi odbora poverilaca, za koja stečajni sudija zaključkom koji donosi na tom ročištu utvrdi da poseduju najveća pojedinačna potraživanja.“

⁸ Čl. 116 ZS.

⁹ „U konkretnom slučaju žalilac zahtev za ispravljavanje zaključka o listi utvrđenih i osporenih potraživanja zasniva na potraživanju koje je nastalo pre otvaranja stečajnog postupka nad stečajnim dužnikom koje je zasnovano na presudi Opštinskog suda u Čačku P1-120/06 od 5. 4. 2007. godine, koje nije prijavljeno u stečajnom postupku, te kako je rešenje o glavnoj deobi postalo pravnosnažno dana 17. 7. 2019. godine, to ne postoji mogućnost izmene konačne liste potraživanja, pa je pravilno postupio prvostepeni sud kada je odbacio zahtev poverioca za ispravku zaključka o listi priznatih i osporenih potraživanja. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvrž 568/19 od 22. 11. 2019. godine.

stečajnog sudije iz zaključka, poverioci mogu pokrenuti parnice u roku od 15 dana, radi utvrđivanja svog potraživanja. Stečajni upravnik je dužan u istom roku da pokrene parnicu radi utvrđivanja da potraživanje poverioca ne postoji, ukoliko je osporio potraživanje poverioca iz izvršne isprave.¹⁰ Predmet tužbenog zahteva može biti i utvrđenje isplatnog reda u koji je potraživanje poverioca svrstano.¹¹

Konačna lista utvrđenih potraživanja podložna je izmenama,¹² i to: 1) kada stečajni poverilac dokaže svoje potraživanje u parnici u kom slučaju traži ispravku konačne liste,¹³ 2) prijemnik potraživanja u slučaju prenosa potraživanja,¹⁴ 3) naslednik¹⁵ (pravni sledbenik) poverioca na osnovu ostavinskog rešenja (izvršene statusne promene), 4) na osnovu delimičnog namirenja poverioca van stečajnog postupka od solidarnog dužnika (od jemca, založnog dužnika stečajnog poverioca ili glavnog dužnika ...), na osnovu delimičnog namirenja poverioca van stečajnog postupka od solidarnog dužnika (od jemca založnog dužnika, stečajnog poverioca ili glavnog dužnika), 5) u slučaju zakonske subrogacije.^{16 17}

¹⁰ Čl. 113 i 117 ZS.

¹¹ Odluka Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 90/2017 od 27. 7. 2017. godine.

¹² „Odatle se zaključuje da je intencija zakonodavstva da se i u postupku stečaja može vršiti prenos potraživanja, da prenos potraživanja nije vremenski ograničen na određenu fazu postupka stečaja i da prijemnik potraživanja ima pravo da traži ispravku konačne liste utvrđenih potraživanja, što dalje ukazuje da se konačna lista može menjati i u kasnijim fazama stečaja, pa i nakon donošenja rešenja o glavnoj deobi.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvl 463/2021 od 17. 11. 2021. godine, *Bilten sudske prakse Privrednog apelacionog suda*, br. 4/2021.

¹³ Čl. 116 st. 7 ZS.

¹⁴ Čl. 117 a) ZS. „Punovažan ugovor o ustupanju sa potpisima ugovornih strana overenim u skladu sa zakonom kojim se uređuje overavanje potpisa, rukopisa i prepisa je dovoljan osnov da se po zahtevu prijemnika ispravni konačna lista.“; Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvl 574/2019 od 17. 10. 2019. godine, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4, 2019).

¹⁵ „U smislu navedenog, u situaciji kada je stečajni poverilac preminuo, njegovo potraživanje utvrđeno u postupku stečaja po sili zakona prelazi na njegove naslednike i isti po osnovu zakonskog nasleđivanja imaju pravo da zahtevaju izmenu konačne liste tako što će u listi priznatih potraživanja stupiti na osnovu zakonskog nasleđivanja na mesto stečajnog poverioca koji je preminuo, pri čemu se isti legitimišu ostavinskim rešenjem.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvl 116/2021 od 18. 8. 2021. godine.

¹⁶ „Isplata utvrđenog potraživanja stečajnom poveriocu od strane Republike Srbije zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, je osnov za izmenu konačne liste po zahtevu Republike Srbije kao novog poverioca, pa je pravilno postupio prvostepeni sud kada je doneo pobijano rešenje.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvl 500/2021 od 9. 2. 2022. godine.

¹⁷ „Naime, prema odredbi člana 300. Zakona o obligacionim odnosima kada obavezu ispunji lice koje ima neki pravni interes u tome, na njega prelazi po samom zakonu, u času ispunjenja, poveriočevo potraživanje sa svim sporednim pravima. Otuda, kako je Fond solidarnosti

Ne može se menjati konačna lista potraživanja na osnovu presude koja je doneta pre otvaranja stečajnog postupka.¹⁸ Nedoželjena je tužba za ispravku konačne liste potraživanja.¹⁹

U svakom slučaju konačna lista predstavlja osnov za nacrt rešenja za glavnu deobu.²⁰ To iz razloga što svaki nacrt rešenja za glavnu deobu mora da sadrži i konačnu listu sa svim izmenama unetim nakon usvajanja konačne liste na ispitnom ročištu.²¹ iznos utvrđenog potraživanja, isplatni red, iznos deobne mase za namirenje sa procentom namirenja poverilaca, zatim iznos koji se isplaćuje svakom poveriocu, podatke o rezervisanim sredstvima. Nacrt rešenja za glavnu deobu pored ovih elemenata treba da sadrži i podatke o namirenju po osnovu prethodno sprovedenih delimičnih deoba, ukupan procenat namirenja i ostatak neizmirenog potraživanja. Iste elemente nacrt rešenja treba da sadrži i u slučaju prenosa potraživanja stečajnog dužnika od njegovih dužnika ili prenosa druge imovine koja čini stečajnu masu na ime namirenja poverilaca.²²

Konačnu listu utvrđenih potraživanja stečajni upravnik usvaja zaključkom. Izmena konačne liste se vrši rešenjem stečajnog sudije, protiv koga je dozvoljena žalba. Nakon izmene konačne liste nema potrebe za izmenom zaključka o listi utvrđenih i osporenih potraživanja. Razlozi zbog kojih se menja konačna lista

isplatio dugovane zarade bivšim radnicima, a poreskoj upravi doprinose za obavezno socijalno osiguranje, to su se stekli uslovi da za isplaćeni iznos stupi na mesto zaposlenih radnika, odnosno žalioca u visini isplaćenog iznosa.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 93/2022 od 6. 4. 2022. godine.

¹⁸ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 289/2021 od 12. 8. 2021. godine, *Bilten sudske prakse Privrednog apelacionog suda*, br. 4, 2021.

¹⁹ Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 4228/2017 od 20. 9. 2017. godine, *Sudska praksa privrednih sudova*, *Bilten*, br. 1, 2018.

²⁰ Čl. 139 ZS.

²¹ „U ponovnom postupku prvostepeni sud će imati u vidu primedbe iz ovog rešenja, te će ceniti da se mogu prenositi samo potraživanja, pa i sporna, odnosno ona u parnici, prema postojećim pravnim subjektima. Zatim će imati u vidu da se i u Nacrtu rešenja za glavnu deobu, a zatim i u rešenju jasno mora navesti za koji iznos se poverioci namiruju novčano, kao i procenat novčanog namirenja, a za koji iznos se namiruju nenovčanim putem, kao i procenat tog vida namirenja i zatim ukupan iznos namirenja, jer to proizilazi iz napred citirane odredbe člana 138. Zakona o stečaju.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 164/2020 od 20. 8. 2020. godine.

²² „U slučaju namirenja stečajnih poverilaca prenosom neunovčene imovine stečajnog dužnika, u rešenju između ostalog se mora konstatovati i procenat namirenja.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 391/2021 od 15. 9. 2021. godine, *Bilten sudske prakse Privrednog apelacionog suda*, br. 4, 2021).

nisu razlozi za izmenu zaključka stečajnog sudije o listi utvrđenih i osporenih potraživanja. Zaključak o listi utvrđenih i osporenih potraživanja može se ispraviti samo iz razloga pogrešnog uputa na parnicu od strane stečajnog sudije²³ ili shodnom primenom člana 362. i 366 Zakona o parničnom postupku, kojim se reguliše ispravka presude, odnosno rešenja, a koje odredbe se shodno primenjuju i u stečajnom postupku na osnovu člana 7 Zakona o stečaju. Ispravljanje zaključka o listi utvrđenih i osporenih potraživanja je u nadležnosti stečajnog sudije koji donosi rešenje o ispravci zaključka o listi utvrđenih i osporenih potraživanja, protiv koga je dozvoljena žalba.

STEČAJNA I DEOBNA MASA

Stečajna masa je celokupna imovina stečajnog dužnika u zemlji i inostranstvu na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i imovina koju stečajni dužnik stečne tokom stečajnog postupka.²⁴

Prema članu 44. stav 1 Zakona o privrednim društvima imovinu društva čine stvari i prava u vlasništvu društva, kao i druga prava društva. Otvaranjem stečajnog postupka stečajni upravnik, kao zakonski zastupnik, preuzima u državinu celokupnu imovinu koja ulazi u stečajnu masu i njome upravlja.²⁵ Stečajni upravnik je dužan da popiše stvari koje ulaze u stečajnu masu, da proceni visinu njihovog unovčenja, po potrebi zapečati prostorije,²⁶ sačini listu dužnika stečajnog dužnika, preduzme mere radi zaštite imovine, osigura imovinu, završi započete poslove.²⁷

Unovčenju imovine stečajni upravnik može da pristupi tek nakon donošenja rešenja o bankrotstvu. Rešenje o bankrotstvu donosi stečajni sudija, ukoliko stečajni poverioci na poverilačkom ročištu, za čija potraživanja se učini verovatnim da iznose više od 50% ukupnih potraživanja, odluče da se stečajni postupak odmah nastavi bankrotstvom,²⁸ u kom slučaju su ovlašćeni predlagači plana reorganizacije lišeni mogućnosti da podnose plan reorganizacije. Procenu verovatnosti potraživanja za potrebe glasanja o bankrotstvu na prvom poverilačkom ročištu vrši stečajni sudija zaključkom na osnovu dostupnih dokaza (ekonomsko-finansijski izveštaj

²³ Čl. 116 st. 8 ZS.

²⁴ Čl. 101 ZS.

²⁵ Čl. 105 ZS.

²⁶ Čl. 106 ZS.

²⁷ Čl. 27 ZS.

²⁸ Čl. 36 ZS.

stečajnog upravnika, lista poverilaca, dokaza koje je dostavio poverilac za ročište ili pak uz prijavu potraživanja ako je prijava podneta...).

Ukoliko bankrotstvo ne bude izglasano na poverilačkom ročištu, rešenje o bankrotstvu stečajni sudija će doneti protekom zakonskog roka za podnošenje plana reorganizacije od 90 dana od otvaranja stečaja,²⁹ ako niko od ovlašćenih predlagača ne podnese plan u navedenom roku.

Ukoliko plan (jedan ili više) koji su podneti inače u zakonskom roku ne bude izglasan, stečajni sudija će takođe doneti rešenje o bankrotstvu.

Protiv rešenja o bankrotstvu žalbu mogu izjaviti stečajni upravnik, odbor poverilaca i ovlašćeni predlagači plana. Po pravnosnažnosti rešenja o bankrotstvu stečajni upravnik pristupa unovčenju stečajne mase.

Pravilo je da stečajni upravnik pristupi unovčenju prodajom pojedinačnih stvari. Ukoliko se pak odluči za prodaju celokupne imovine, imovinskih celina ili stečajnog dužnika kao pravnog lica, dužan je da dostavi procenu celishodnosti takvog načina prodaje u odnosu na prodaju pojedinačnih stvari, kojom se opravdava predloženi način prodaje. Prodaju stečajni upravnik sprovodi u skladu sa članom 132. i 133 Zakona o stečaju i Pravilnikom o utvrđivanju nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom.³⁰

Za razliku od prodaje celokupne imovine, imovinskih celina i pojedinačnih stvari, prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica se prodaje kapital stečajnog dužnika. Unovčenje imovine vodi ka zaključenju stečajnog postupka i brisanju društva iz Registra privrednih subjekata,³¹ dok unovčenje kapitala prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica, za posledicu ima obustavu stečajnog postupka nad dužnikom i formiranje stečajne mase iz koje će se namiriti troškovi stečajnog postupka, obaveze stečajne mase i poverioci (stečajni i razlučni).

Deobna masa³² jeste stečajna masa namenjena za podelu stečajnim poveriocima. Ona se formira od novčanih sredstava stečajnog dužnika na dan otvaranja stečaja, novčanih sredstava dobijenih nastavljanjem započelih poslova i novčanih sredstava dobijenih unovčenjem stvari i prava stečajnog dužnika, kao i naplaćenih potraživanja stečajnog dužnika. Međutim, od sredstava dobijenih prodajom (nakon namirenja razlučnih i založnih poverilaca) namiruju se troškovi stečajnog postupka i obaveze stečajne mase, a nakon toga stečajni poverioci.

²⁹ Čl. 162 ZS.

³⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 62/2018.

³¹ Čl. 468 Zakona o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021).

³² Čl. 138 ZS.

DEOBE U STEČAJU

Namirenje poverilaca se vrši kroz deobe: delimičnu, glavnu i završnu, a nakon okončanja stečajnog postupka i naknadnu, ukoliko se pronađe naknadna imovina.

Deoba sredstava radi namirenja stečajnih poverilaca vrši se prema dinamici priliva sredstava,³³ a prema isplatnim redovima koji su propisani članom 54 Zakona o stečaju,³⁴ o čemu odlučuje stečajni sudija. Međutim, glavnoj deobi se pristupa kada najveći deo imovine bude unovčen, ili bude unovčena celokupna imovina. U svakom slučaju centralno mesto u stečajnom postupku ima glavna deoba. Sve ostale deobe se sprovode na način i pod uslovima sprovođenja glavne deobe, a to podrazumeva ne samo delimičnu i završnu,³⁵ koje se sprovode tokom stečajnog postupka, pre zaključenja stečaja, već i naknadnu koja se realizuje nakon okončanja stečajnog postupka i brisanja dužnika iz Registra privrednih subjekata.

Stoga je Zakon u članu 148. stav 2 izričito propisao da se stečajni postupak ne može zaključiti pre donošenja rešenja o glavnoj deobi. To podrazumeva da se

³³ Čl. 138 ZS.

³⁴ Čl. 54 st. 4 ZS: „1) u prvi isplatni red spadaju neisplaćene neto zarade zaposlenih i bivših zaposlenih, u iznosu minimalnih zarada za poslednjih godinu dana pre otvaranja stečajnog postupka sa kamatom od dana dospeća do dana otvaranja stečajnog postupka i neplaćeni doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih za poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, a čiju osnovicu za obračun čini najniža mesečna osnovica doprinosa, saglasno propisima o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i potraživanja po osnovu zaključenih ugovora sa privrednim društvima čiji su predmet neisplaćene obaveze na ime doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih za poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, a čiju osnovicu za obračun čini najniža mesečna osnovica doprinosa, saglasno propisima o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje na dan otvaranja stečajnog postupka;

2) u drugi isplatni red spadaju potraživanja po osnovu svih javnih prihoda dospelih u poslednja tri meseca pre otvaranja stečajnog postupka, osim doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih;

3) u treći isplatni red spadaju potraživanja ostalih stečajnih poverilaca;

4) u četvrti isplatni red spadaju potraživanja nastala dve godine pre dana otvaranja stečajnog postupka po osnovu zajmova, kao i drugih pravnih radnji koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, u delu u kojem ti zajmovi nisu obezbeđeni, a koji su stečajnom dužniku odobreni od strane lica povezanih sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita i zajmova.

³⁵ „U konkretnom slučaju stečajni upravnik je podneo nacrt rešenja za završnu deobu 2, a kako je podnosilac žalbe kao stečajni poverilac istakao primedbe na isti, to je pravilno stečajno veće prvostepenog suda primenom člana 117. Zakona o stečajnom postupku nakon održanog ročišta donelo pobijano rešenje o završnoj deobi.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 264/2021 od 8. 12. 2021. godine.

rešenje o glavnoj deobi donosi i kada nema sredstava za namirenje stečajnih poverilaca. Ovo rešenje u zakonu, bilo je kritikovano, ali po mišljenju autora ovog rada rešenje je pravilno i praktično.

Naime, u sudskoj praksi pojavili su se slučajevi da u stečajnoj masi nema sredstava za namirenje poverilaca, pa ni za troškove postupka zbog čega se stečaj okončava primenom člana 13. stav 2 Zakona o stečaju, pa se stečajni postupak zaključivao bez odlaganja. Prijavljena potraživanja ostajala su neispitana, a samim time nije postojala ni konačna lista. Po zaključenju stečajnog postupka pronađena je znatna imovina. Ista je tretirana kao naknadna, što i jeste, što je podrazumevalo primenu člana 149 Zakona o stečaju koja predviđa unovčenje imovine i deobu u skladu sa glavnom deobom. Takođe, u praksi su se pojavili slučajevi da stečajni sudija odobrava veći broj delimičnih deoba, a nakon toga zaključuje stečajni postupak zbog čega se i u ovoj situaciji javlja problem sa deobom unovčene naknadno pronađene imovine.

Stoga je citirano zakonsko rešenje iz člana 148. stav 2 Zakona o stečaju u interesu poverilaca. U praksi to znači da nijedan stečajni postupak ne može biti okončan bez prethodno donetog rešenja o glavnoj deobi, bez obzira na raspoloživa deobna sredstva. To istovremeno podrazumeva da prijavljena potraživanja moraju biti ispitana i donet zaključak o konačnoj listi i zaključak o listi utvrđenih i ospore- nih potraživanja.

Sama činjenica da nacrt rešenja o glavnoj deobi u sebi sadrži konačnu listu u kojoj su sadržana potraživanja i redosled namirenja – isplatni red sa svim izmenama koje su usledile nakon okončanja ispitnog ročišta, iznos rezervisanih sredstava poveriocima naknadnih prijava potraživanja,³⁶ omogućava sprovođenje naknadne deobe onako kako je Zakon o stečaju u članu 149 predvideo.

Rešenje o glavnoj deobi je bitno i za poverioce ospore- nih potraživanja koji su pokrenuli parnične postupke za utvrđenje postojanja svojih potraživanja, s obzirom da je obaveza stečajnog upravnika da u nacrtu, a stečajnog sudije u rešenju o glavnoj deobi izdvoji i rezerviše srazmerni deo sredstava za ove poverioce do okončanja parnica.³⁷

Rešenje o glavnoj deobi je bitno i za poverioce potraživanja vezanih za uslov:³⁸

³⁶ Čl. 130 st. 2 ZS.

³⁷ „Poverioce čije se osporeno potraživanje utvrdi osnovanim, isplaćuju se iz rezervisanih sredstava, nalogom stečajnog sudije, u svemu u skladu sa ranije donetim rešenjem o delimičnoj ili glavnoj deobi.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvh 258/2018 od 6. 6. 2018. godine, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 1, 2019.

³⁸ „Privredni apelacioni sud ukazuje da u slučaju spornosti razlučnog potraživanja u celini ili u slučaju spornosti samo prava na odvojeno namirenje (a ne i samog potraživanja), pa i zbog razloga

1) ako je stečajnom postupku poveriocu utvrđeno potraživanje sa raskidnim uslovom, ono će se uzeti u obzir ako stečajni poverilac položi obezbeđenje da će ono što je primio vratiti ako se ispuni raskidni uslov;

2) ako je stečajnom poveriocu utvrđeno potraživanje sa odložnim uslovom isplatiće mu se srazmerni deo potraživanja ako odložni uslov nastupi do ročišta za glavnu deobu.³⁹

Rešenjem o glavnoj deobi rezervišu se i sredstva za poverioce koji podnose naknadne prijave potraživanja iz člana 130. stav 2 Zakona o stečaju. To su protivnici pobijanja koji su vratili imovinsku korist u stečajnu masu, nakon okončanja parnice po pobojnoj tužbi u korist stečajne mase stečajnog dužnika, kojima je zakon dao pravo da svoje potraživanje ostvare kao stečajni poverioci, podnošenjem naknadne prijave potraživanja.

Glavna deoba je značajna i zbog vremenskog ograničenja podnošenja pobojne tužbe, s obzirom na to da je članom 119. stav 1 Zakona o stečaju propisano da se pobojna tužba može podneti od dana otvaranja stečaja do održavanja ročišta za glavnu deobu, što inače ne važi ako se pobijanje preduzima podnošenjem protivtužbe ili prigovora.

Ročište za glavnu deobu nije obavezno. Održava se samo ukoliko je bilo primedbi na nacrt rešenja za deobu stečajnog upravnika.

Na ročištu se raspravlja o osnovanosti primedbi, nakon čega sudija na ročištu donosi rešenje o glavnoj deobi. Međutim, ukoliko su primedbe osnovane i ne mogu biti implementirane u postojeći nacrt rešenja za glavnu deobu, bez diranja u prava drugih poverilaca, stečajni sudija neće doneti rešenje o glavnoj deobi, odbiće usvajanje nacrta nakon što je usvojio primedbe i naložiti stečajnom upravniku da dostavi zakonit nacrt rešenja u skladu sa usvojenim primedbama.⁴⁰ Odluka stečajnog sudije o primedbama na nacrt rešenja za deobu ne unosi se

što stečajni upravnik ne raspolaže dokumentacijom iz koje bi mogao sa sigurnošću utvrditi postojeće prava on ima mogućnost da sporno potraživanje odnosno sporno pravo na odvojeno namirenje, ospori. U konkretnom slučaju to nije učinjeno, već je isto priznato uslovno, a uslov je vezan vremenski za ročište za glavnu deobu, odnosno završno ročište. Stoga se ne može prihvatiti kao ispravno postupanje kojim sada menja konačna lista na način da se stečajni upravnik suštinski izjašnjava drugačije od načina na koji se izjasnio na dopunskom ispitnom ročištu.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvrž 407/21 od 6. 10. 2021. godine.

³⁹ Čl. 142 ZS.

⁴⁰ „Naime kao i svaki podnesak stečajni upravnik može povući nacrt za glavnu deobu ukoliko je potrebno da isti uskladi sa stanjem stečajne mase i to može učiniti najkasnije do održavanja ročišta za glavnu deobu odnosno pre nego što sud donese odluku o istom.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvrž 489/2020 od 3. 3. 2021. godine.

u izreku rešenja, već se u obrazloženju tog rešenja navode razlozi za odluku iz izreke: usvajanje nacrt rešenja, odbijanje usvajanja nacrt rešenja ili pak usvajanje primedbi sa implementiranim izmenama zbog osnovanosti primedbi (delimične ili potpune).⁴¹

U svakom slučaju pravnosnažnošću rešenja o glavnoj deobi stižu se uslovi za isplatu – namirenje poverilaca.⁴²

Namirenju se može pristupiti i pre pravnosnažnosti, pod uslovima da stečajni sudija zaključkom to odobri i uz prethodnu rezervaciju sredstava za podnosiocce žalbe.⁴³

Sve što je propisano za glavnu deobu primenjuje se i na delimičnu i završnu. Međutim, završnu deobu moguće je sprovesti i kroz završno ročište s obzirom da član 145. stav 1. tačka 4 Zakona o stečaju predviđa da se na završnom ročištu odlučuje o neraspoređenim delovima stečajne mase.

Bitno je napomenuti, a što je u praksi primećeno da sudovi mešaju naknadnu deobu iz člana 149 Zakona o stečaju sa naknadnom deobom iz člana 120 Zakona o stečajnom postupku.⁴⁴

Naknadna deoba prema Zakonu o stečajnom postupku sprovodi se nakon glavne deobe, a pre završne deobe i zaključenja stečajnog postupka. Deoba nakon zaključenja stečaja po Zakonu o stečajnom postupku regulisana je odredbom člana 126. stav 1 Zakona o stečajnom postupku i ona po svojoj prirodi odgovara naknadnoj deobi iz člana 149 Zakona o stečaju.

Naime, prema Zakona o stečajnom postupku sprovodile su se: delimična, glavna, naknadna i završna deoba pre zaključenja stečaja, a nakon zaključenja stečaja nakon pronalaženja naknadno pronađene imovine, sprovodila se deoba koja je po Zakonu o stečajnom postupku: deoba po zaključenju stečajnog postupka.

Postojeći Zakon o stečaju predviđa: delimičnu, glavnu i završnu deobu koje se sprovode do zaključenja stečajnog postupka, a naknadnu deobu nakon pravnosnažnog okončanja – zaključenja stečajnog postupka.

⁴¹ „Odluka stečajnog sudije kojom odlučuje o primedbama na Nacrt rešenja za glavnu deobu se ne unosi u izreku rešenja o glavnoj deobi, već od osnovanosti iste zavisi da li će doneti rešenje o glavnoj deobi, u svemu u skladu sa podnetim nacrtom ili ne.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvrž 481/2020 od 3. 3. 2020. godine, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4, 2020.

⁴² „Kada razlučni poverilac nije izjavio primedbe na nacrt rešenja za glavnu deobu, to ne može izjaviti ni žalbu protiv rešenja o glavnoj deobi, jer istu mogu izjaviti stečajni upravnik i poverioci čije primedbe na nacrt za glavnu deobu nisu prihvaćene.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvrž 324/2020 od 24. 11. 2020. godine, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4, 2020).

⁴³ Čl. 143 ZS.

⁴⁴ Zakon o stečajnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004.

RASPODELA VIŠKA DEOBNE MASE⁴⁵

Bitno je napomenuti da nacrt rešenja za glavnu deobu prema članu 139. stav 3. tačka 5 Zakona o stečajju može da sadrži podatke o načinu raspodele viška deobne mase ako je očigledno da postoji takav višak. Najčešće rešenje o glavnoj deobi to ne sadrži, što ne znači da je rešenje nezakonito. Višak stečajne mase, ukoliko se iskaže može biti raspodeljen na završnom ročištu raspoređivanjem neraspoređenih delova stečajne mase. Zakon je omogućio stečajnom sudiji da višak stečajne mase raspodeli i posebnom odlukom, čak i pre isplate poverilaca, ali samo ukoliko postoji obrazložen predlog stečajnog upravnika i ako se na nesumnjiv način utvrdi da se iz raspoloživih novčanih sredstava (postojeće deobne mase) poverioci mogu namiriti u celosti u pogledu glavnog duga i pripadajuće kamate. Višak deobne mase raspodeljuje se u skladu sa pravilima postupka likvidacije.

Postupak dobrovoljne likvidacije privrednog društva regulisan je čl. 524–545. Zakona o privrednim društvima, a raspodela likvidacionog ostatka regulisana je članom 541 istog Zakona. Primena ove odredbe na raspodelu viška stečajne mase podrazumeva da se ortacima, komplementarima, komanditorima i članovima društva sa ograničenom odgovornošću višak isplaćuje srazmerno njihovim udelima u društvu. Kada je u pitanju akcionarsko društvo pravi se razlika između imaoce preferencijalnih akcija⁴⁶ koji imaju pravo prioriteta, od akcionara sa običnim

⁴⁵ Čl. 147 ZS.

⁴⁶ Čl. 253 Zakona o privrednim društvima:

„Preferencijalna akcija je akcija koja imaoce daje jedno ili više povlašćenih prava utvrđenih statutom i odlukom o izdavanju, kao što su:

- 1) pravo na dividendu u unapred utvrđenom novčanom iznosu ili u procentu od njene nominalne vrednosti, koja se isplaćuje prioriteto u odnosu na imaoce običnih akcija;
- 2) pravo da mu se neisplaćena dividenda iz stava 1. tačka 1) ovog člana kumulira i isplati pre isplate dividendi imaoce običnih akcija (kumulativna preferencijalna akcija);
- 3) pravo da participira u dividendi koja pripada imaoce običnih akcija, u svim slučajevima isplate dividende imaoce običnih akcija ili po ispunjenju određenih uslova (participativna preferencijalna akcija);
- 4) pravo prvenstva naplate iz likvidacionog ostatka ili stečajne mase u odnosu na imaoce običnih akcija;
- 5) pravo pretvaranja tih akcija u obične akcije ili u drugu klasu preferencijalnih akcija (zamenljive preferencijalne akcije);
- 6) pravo prodaje tih akcija akcionarskom društvu po unapred utvrđenoj ceni ili pod drugim uslovima.

Ukupna nominalna vrednost izdatih i odobrenih preferencijalnih akcija ne može biti veća od 50% osnovnog kapitala društva.

Akcionar sa preferencijalnim akcijama ima pravo učešća u radu skupštine, bez prava glasa, ako ovim zakonom nije drugačije određeno.

akcijama koji se isplaćuju nakon akcionara sa preferencijalnim akcijama, ali srazmerno učešću njihovih akcija u ukupnom broju običnih akcija u društvu.

Navedena pravila ne važe, ako je osnivačkim aktom, statutom ili jednoglasnom odlukom ortaka, komplementara ili skupštine društva, odlučeno drugačije.

Prilikom raspodele viška stečajne mase treba napraviti razliku i u odnosu na društvenu i zadružnu svojinu, ukoliko ovi oblici svojine učestvuju u višku deobne mase, pa se deo srazmeran učešću društvene svojine prenosi Republici Srbiji, a zadružne svojine Zadružnom savezu.

Izmenama i dopunama Zakona o stečaju iz 2017. godine uneta je i odredba da stečajni sudija nalaže brisanje svih tereta na imovini koja se raspodeljuje članovima privrednog društva, što znači da se višak stečajne mase prenosi osnivačima bez tereta. Ovo se odnosi samo na one terete koji su služili obezbeđenju potraživanja poverilaca, a za koje su se inače stekli uslovi za brisanje iz javnih registara, jer su poverioci namireni kroz sprovedene deobe ili pak kao razlučni ili založni iz vrednosti nekih drugih stvari koje su unovčene tokom postupka. To znači da se ova odredba ne odnosi na brisanje tereta poput stvarnih službenosti koje postoje na nepokretnostima.

Nakon raspodele viška deobne mase stiču se uslovi za zaključenje stečajnog postupka, odnosno da stečajni upravnik dostavi završni izveštaj i stečajni sudija zakaže završno ročište na kom se stečajni postupak zaključuje.⁴⁷

JASMINKA OBUĆINA

President of the Commercial Appellate Court in Belgrade

SETTLEMENT OF BANKRUPTCY CREDITORS IN BANKRUPTCY

Summary

The goal of the bankruptcy procedure is to settle the creditors in the largest possible percentage in relation to the established claims. Settlement of creditors through bankruptcy proceedings is performed through cashing in the property of the bankrupt debtor and dividing the funds obtained from the sale. However, in order for the creditor to settle their claim, it is necessary for it to be

Akcionar sa preferencijalnim akcijama ima pravo prečeg sticanja akcija iste klase iz novih emisija.

Akcionar sa preferencijalnim akcijama ima ista prava kao i akcionar sa običnim akcijama u pogledu pristupa aktima i dokumentima društva iz čl. 465. i 466. ovog zakona.

Preferencijalne akcije mogu se izdavati samo za novčani ulog.“

⁴⁷ Čl. 148 ZS.

established, which means that it is contained in the Final list of Established Claims. Any change of creditor or creditor's claims must be accompanied by a change in the Final list of Established Claims. The Final list of Established Claims is an integral part of the court decision regarding the Main Distribution, so the absence of the creditor from that list means the loss of the right for the settlement, not only in the Main Distribution, but in each subsequent one (final and subsequent). Therefore, the central place in settlement procedure in the bankruptcy procedures is: The Final list of Established Claims and the Main Distribution.

Key words: bankruptcy, final list, main division

PREGLEDNI RAD

MARKO RADOVIĆ

POVLAČENJE PREDLOGA ZA OTVARANJE STEČAJNOG POSTUPKA

U radu se analizira regulativa o povlačenju predloga za otvaranje stečajnog postupka. U tom smislu, prevashodno se pristupa tumačenju odredaba Zakona o stečaju kojom se reguliše ova procesna radnja. Potom se raspravlja o tzv. fikciji povlačenja, odnosno mogućnosti donošenja rešenja kojim se predlog za otvaranje stečajnog postupka smatra povučenim u slučaju izostanka uredno pozvanog predlagača sa ročišta zakazanog radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga. S tim u vezi, postavlja se pitanje ima li mesta shodnoj primeni Zakona o parničnom postupku, koji reguliše ovu situaciju. Ovo pitanje se naročito aktuelizuje usled pozitivnog stava sudske prakse koja daje negativan odgovor, o kome se u radu raspravlja sa teorijskopravnog stanovišta.

Ključne reči: povlačenje predloga, stečajni postupak, izostanak predlagača

U V O D

Stečajni postupak prate određena načela (principi), koje u vidu smernica služe za pravilno razumevanje pozitivnopravnih stečajnih pravila i predstavljaju ideje vodilje prilikom popunjavanja pravnih praznina.¹ Po svojoj prirodi ona mogu biti materijalna i procesna. Jedno od procesnih, koje treba da predstavlja i polaznu osnovu u ovom radu, jeste načelo dispozitivnosti podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka. Ono se ogleda u tome da podnošenje predloga za otvaranje

Dr Marko Radović, sudija Privrednog suda u Beogradu, e-mail: marko.radovic@bg.pr.sud.rs.

¹ Vuk Radović, *Stečajno pravo, Knjiga prva*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, 122.

stečajnog postupka u principu predstavlja pravo, a ne obavezu. To znači da u slučaju postojanja stečajnog razloga, bilo poverilac ili dužnik, odlučuju o podnošenju predloga na osnovu procene sopstvenih interesa. Načelno, oni nisu dužni da podnesu predlog. Ovakvo razmišljanje je odraz načela dobrovoljnosti u vezi sa iniciranjem stečajne procedure (tzv. dispozitivna maksima).²

Pored ovlašćenja na njegovo podnošenje, načelo dispozicije obuhvata i pravo predlagača da povuče predlog za otvaranje stečajnog postupka. Od ovog načela u stečajnom pravu postoje dva izuzetka: 1) prvi se odnosi na situaciju kada je nad privrednim društvom pokretnut dobrovoljni likvidacioni postupak, u kome je likvidacioni upravnik dužan da podnese predlog za otvaranje stečajnog postupka kada utvrdi da imovina društva nije dovoljna za namirenje svih potraživanja poverilaca (prezaduženost); 2) dok je drugi izuzetak definisan posebnim zakonom kojim se reguliše stečaj banaka, društava za osiguranje i davalaca finansijskog lizinga,³ i odnosi se na obavezu suda da donese rešenje o otvaranju stečajnog postupka u slučaju kada se ovim institucijama oduzme dozvola za rad i Narodna banka Srbije dostavi sudu rešenje o ispunjenosti uslova za otvaranje stečajnog postupka. U ovoj situaciji sud donosi rešenje po službenoj dužnosti, na osnovu zakonskog naređenja.

Nezavisno od pomenutih izuzetaka, navedeno načelo predstavlja važan putokaz koji treba slediti u slučaju postojanja spornih pravnih pitanja u vezi sa povlačenjem predloga za otvaranje stečajnog postupka. S tim u vezi, kako se u primeni prava kao jedno od spornih pojavilo i pitanje mogućnosti stvaranja tzv. fikcije o povlačenju predloga u slučaju izostanka uredno pozvanog predlagača sa ročišta radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga, u radu se prevashodno razmatra pristup zakonodavca pitanju povlačenja predloga za otvaranje stečajnog postupka (tzv. *de lege lata* pristup), potom analizira pozitivni pristup sudske prakse o ovoj procesnoj radnji i na kraju sa teorijskopravnog stanovišta iznosi argumentacija o pravnovaljanosti navedenog stava.

ZAKONODAVNO UREĐENJE POVLAČENJA PREDLOGA U STEČAJU

Pravo na pravnu zaštitu u građansko sudskim postupcima ostvaruje se podnošenjem inicijalnog akta. Zavisno od prirode postupka on se u nekim smatra tužbom, poput parničnog, dok se u stečajnom postupku poima kao predlog za otvaranje stečajnog postupka.

² V. Radović, op. cit., 139, upućuje na: R. Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 3. Auflage, Mohr Seibek, Tübingen, 2002, 37.

³ Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje (*Službeni Glasnik RS*, br. 14/2015 i 44/2018 – dr. zakon).

U teoriji građanskog procesnog prava povlačenje inicijalnog akta se smatra procesnom radnjom kojom lice koje je postupak iniciralo izjavljuje da odustaje od traženja da sud u konkretnom postupku odluči o osnovanosti njegovog zahteva. Tako lice koje je slobodno odlučilo da pokrene određeni građansko-sudski postupak, slobodno odlučuje da inicijalni akt povuče.⁴

Parnično procesno pravo daje ovlašćenje tužiocu da tužbu povuče bez pristanka tuženog pre nego što se tuženi upusti u raspravljanje o glavnoj stvari. Tužba se može povući i kasnije, sve do pravnosnažnog okončanja spora, ali u tom slučaju je nužan pristanak tuženog. Zakonom je regulisana obaveza suda da obavesti tuženog o povlačenju tužbe, pa ako se ovaj o tome ne izjasni u roku od osam dana od dana obaveštavanja, smatraće se da je pristao na povlačenje. Ukoliko se nakon prijema obaveštenja tuženi ne saglasi sa povlačenjem, ne postoje uslovi za donošenje rešenja kojim se utvrđuje da je tužba povučena, već parnica nastavlja dalje da teče. Izjava o povlačenju se može dati podneskom i usmeno na ročištu.⁵ Posledica povlačenja tužbe jeste da se ima smatrati kao da nije ni bila podneta, pa se može ponovo podneti. U parničnom postupku tužbe može biti povučena i posle donošenja prvostepene presude, s tim da u tom slučaju sud donosi rešenje kojim utvrđuje da je tužba povučena i da je presuda bez dejstva, ali ako je pre povlačenja izjavljena žalba, sud će doneti rešenje kojim utvrđuje povlačenje tužbe, da je presuda bez dejstva i odbacuje žalbu.⁶

Opisana regulativa odnosi se na situaciju kada tužilac da izjavu, dakle preduzme aktivnu radnju i izjavi volju da povlači tužbu. Međutim, procesna pravila parničnog postupka predviđaju i stvaranje tzv. fikcije o povlačenju tužbe u nizu situacija u kojima je izostala izričita volja o povlačenju tužbe, kada se, po samom zakonu (lat. *ex lege*), smatra da je tužba povučena. Između ostalih, nekoliko od tih situacija se odnose na izostanak uredno pozvanog tužioca za ročišta.⁷ Tako, ukoliko na pripremno ročište ne dođe tužilac, a uredno je pozvan, smatraće se da je tužba povučena, osim ako tuženi ne zahteva da se ročište održi.⁸ Takođe, ako sa ročišta za glavnu raspravu, u parnici koja ne spada u spor male vrednosti, neopravdano izostanu i tužilac i tuženi ili odbiju da raspravljaju, tužba se smatra

⁴ Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo, Prva sveska – Građansko procesno parnično pravo*, Niš, 2007, 358.

⁵ Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1962, 270.

⁶ Zakon o parničnom postupku, čl. 202, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020 – dalje u tekstu: ZPP.

⁷ Više o situacijama stvaranja tzv. fikcije o povlačenju tužbe v. G. Stanković, op. cit., 360.

⁸ ZPP, čl. 304.

povučenom.⁹ U odnosu na ovo pravilo postoji i posebno određenje u sporovima male vrednosti, gde će se smatrati da je tužilac povukao tužbu ako tužilac ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan.¹⁰ Svrha postojanja pomenute pretpostavke o povlačenju ustanovljena je radi kontrole procesne discipline stranaka u parničnom postupku, na koji način se svako propuštanje ročišta na koje je tužilac uredno pozvan ima ceniti kao prestanak postojanja njegovog interesa za sudskom zaštitom svog prava.

S druge strane, kada je reč o pravilima stečajnog postupka, načelni je pristup da predlagač u stečajnom postupku može raspolagati svojim procesnim zahtevom (predlogom) i ta njegova radnja se smatra dispozitivnom parničnom radnjom. U tom smislu, kao što može odlučivati da li će podneti predlog, tako raspoláže i pravom da isti povuče.

Stečajnim zakonom je propisano da se predlog za otvaranje stečajnog postupka može povući do isticanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka na oglasnoj i elektronoj tabli suda, odnosno pre donošenja rešenja o odbacivanju ili o odbijanju predloga za pokretanje stečajnog postupka. Ako predlagač povuče predlog za otvaranje stečajnog postupka, stečajni sudija obustavlja postupak, a troškove snosi predlagač.¹¹ Iz navedenog zakonskog određenja proističu sledeće specifičnosti. Prva specifičnost se ogleda u tome da se njime reguliše samo situacija u kojoj dolazi do povlačenja predloga izjavom predlagača, dakle, preduzimanjem aktivne radnje povlačenja. Druga specifičnost je da se predviđa krajnji momenat mogućnosti povlačenja predloga. Tako se predlog može povući najkasnije do donošenja rešenja o odbacivanju predloga ili njegovom odbijanju, kao i do isticanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka na oglasnoj i elektronoj tabli suda. Cilj ovakvog regulisanja povlačenja ogleda se u tome da predlagač može disponirati predlogom sve dok ne nastupe pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, kad načelo dispozitivnosti prelazi u načelo oficijelnosti.¹² Iz tog razloga je i mogućnost povlačenja objektivno omeđena vremenom nastupanja pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka.¹³ Ovde posebno treba obratiti pažnju na jednu normativnu neusklađenost. Naime, s jedne strane, posledice stečajnog postupka nastupaju danom objavljivanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka na oglasnoj

⁹ ZPP, čl. 311, st. 2.

¹⁰ ZPP, čl. 475, st. 1.

¹¹ Zakon o stečaju (*Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2022 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018, dalje u tekstu: ZOS), čl. 58.

¹² V. Radović, op. cit., 422

¹³ Dragiša Slijepčević, *Komentar Zakona o stečaju*, Privredni savetnik, Beograd, 2016, 194.

tabli suda.¹⁴ Iz zakonske formulacije sledi da pravne posledice nastupaju od početka dana isticanja pomenutog oglasa. S druge strane, zakonodavac propisuje mogućnost povlačenja predloga do momenta isticanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka na oglasnoj tabli suda. To dakle znači da se može desiti situacija da je istog dana kada je istaknut oglas na oglasnoj i elektronskoj tabli suda predlagač izjavio da povlači predlog, ali pre samog momenta njegovog isticanja na oglasnu tablu. Imajući u vidu da su u tom trenutku pravne posledice otvaranja stečajnog postupka već nastupile, treba tumačiti da je predlog za otvaranje stečajnog postupka nedozvoljen, pa ga iz tog razloga treba odbaciti. Treća posebnost je da se povlačenje može izjaviti do momenta donošenja rešenja o odbacivanju ili odbijanju predloga za otvaranje stečajnog postupka. To su logična i standardna procesna rešenja, s tim da se akt povlačenja može preduzeti sve dok doneta rešenja o odbacivanju, odnosno odbijanju predloga ne počnu da obavezuju sud. Inače, sud je vezan svojom odlukom počev od objavljivanja rešenja, odnosno njegovog otpremljanja iz suda.¹⁵ Četvrta specifičnost jeste da za povlačenje predloga nije potreban pristanak protivnika predlagača. Na kraju, peta specifičnost ogleda se u tome da se povlačenjem predloga obustavlja stečajni postupak i troškove postupka snosi predlagač. To znači i da se stavlja van snage sve eventualno sprovedene radnje u fazi prethodnog stečajnog postupka, bilo u odnosu na doneto rešenje o pokretanju stečajnog postupka ili određenim merama obezbeđenja.

S druge strane, imajući u vidu da se rešenje o otvaranju stečajnog postupka donosi na ročištu radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga (tzv. ročište o otvaranju stečajnog postupka),¹⁶ zakonodavac ne reguliše izričito u okviru stečajnog zakona koje su posledice neodazivanja predlagača i protivnika predlagača urednom i blagovremenom pozivu suda za to ročište. Izričito je jedino zakonom definisano da se na ročište na kom se raspravlja o postojanju stečajnog razloga za otvaranje stečajnog postupka pozivaju predlagač, stečajni dužnik i stečajni upravnik, ako je bio imenovan u prethodnom stečajnom postupku.¹⁷ Istovetno rešenje bilo je sadržano i u ranije važećem Zakonu o stečajnom postupku.¹⁸ Zakonodavac jedino upućuje na to da se na pitanja koja nisu posebno uređena ovim zakonom, shodno primenjuju odgovarajuće odredbe zakona kojima se uređuje parnični postupak.¹⁹

¹⁴ ZOS, čl. 73.

¹⁵ ZPP, čl. 361.

¹⁶ ZOS, čl. 69, st. 3.

¹⁷ ZOS, čl. 68, st. 3.

¹⁸ Zakon o stečajnom postupku, čl. 54 st. 3, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04.

¹⁹ ZOS, čl. 7, st. 1.

STANOVIŠTE SUDSKE PRAKSE

Imajući u vidu da stečajnim zakonom nije regulisan način postupanja suda u situaciji kada predlagač i/ili protivnik predlagača ne pristupe ročištu radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga, to je ovo pitanje u primeni prava dovodilo do brojnih nedoumica.

S tim u vezi, u vreme važenja Zakona o stečajnom postupku u sudskoj praksi je zauzet stav prema kom se ovo ročište može održati bez uredno pozvanog stečajnog dužnika, a ako predlagač ne dođe na ročište, predlog se smatra povučenim, „jer je to faza postupka koja je u dispoziciji volje stranaka i zavisi isključivo od njihovog postupanja“.²⁰ Međutim, nakon donošenja Zakona o stečaju, pristupilo se drugačijem odlučivanju u ovoj pravnoj situaciji. Naime, u slučaju kada predlagač ne pristupi ročištu za raspravljanje o postojanju stečajnog razloga, iako je uredno pozvan, zauzet je stav da nema mogućnosti shodne primene odredbe člana 311 Zakona o parničnom postupku, koja reguliše povlačenje tužbe u slučaju neopravdanog izostanka tužioca i tuženog sa ročišta za glavnu raspravu, jer je pitanje povlačenja predloga regulisano odredbom čl. 58 Zakona o stečaju. Dakle, „ceneći da je Zakonom o stečaju, odredbama glave IV regulisano postupanje po predlogu, pa i u slučaju kada je isti nepotpun, ili kada predlog može biti povučen i posledice povlačenja predloga, proizlazi da su to pitanja koja su uređena Zakonom o stečaju. Otuda [...] nema mesta shodnoj primeni Zakona o parničnom postupku, jer shodna primena odredaba zakona kojim je uređen parnični postupak, prema odredbi člana 7 Zakona o stečaju, postoji samo u odnosu na situacije koje Zakon o stečaju nije regulisao.“²¹

Istovetan stav, uz drugačije obrazloženje iznet je i u odluci suda u kojoj je navedeno da za konstataciju da se tužba smatra povučenom u skladu sa odredbom člana 311, stav 2 Zakona o parničnom postupku, izostanak tužioca „... mora biti neopravdan. Takva posledica nije predviđena Zakonom o stečaju za slučaj izostanka sa ročišta radi utvrđivanja postojanja stečajnog razloga, a s obzirom na njena dejstva – morala bi biti. Osim toga radi se o različitim procesnim situacijama – ročištu za glavnu raspravu i ročištu za utvrđivanje postojanja stečajnog razloga, pa se ne može shodno primeniti navedena zakonska odredba. [...] sud ukazuje i da „shodna primena“ nekog propisa podrazumeva primenu njegovih odredbi onda kada odredbama odnosnog zakona, u konkretnom slučaju Zakona o stečaju, pojedini instituti nisu regulisani, a takva shodna primena nije suprotna suštini tog postupka

²⁰ *Bilten sudske prakse trgovinskih sudova*, br. 3/2007, pitanje br. 78, 183.

²¹ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 72/22 od 23. marta 2022. godine. Slično: *Radni materijal sa dvadeset devetog savetovanja sudija privrednih sudova 2022. godine*, deo: „Pitanja i odgovori – Stečajno pravo“, pitanje br. 6, 178.

a moguća je. U ovom slučaju uslovi nisu ispunjeni iz razloga što Zakon o stečaju izričito isključuje mogućnost vraćanja u pređašnje stanje. Naime, presumpcija povlačenja tužbe jeste Zakonom o parničnom postupku predviđena posledica u situaciji iz člana 311, stav 2 i iz člana 475, stav 1 Zakona o parničnom postupku. Međutim, životno je moguće da izostanak bude opravdan odnosno da tužilac ne stigne da opravda isti do ročišta za glavnu raspravu. Stoga Zakon o parničnom postupku i daje mogućnost vraćanja u pređašnje stanje što Zakon o stečaju isključuje. Otuda se zaključuje da shodna primena Zakona o parničnom postupku i nije moguća.²²

PRISTUP DE LEGE FERENDA

Iako se u sudskoj praksi iznosi snažna argumentacija u prilog zaključku da donošenje odluke kojom se smatra da je predlog za pokretanje stečajnog postupka povučen u situaciji izostanka predlagača sa ročišta zakazanog radi raspravanja o postojanju stečajnog razloga moguće je, makar sa teorijskog stanovišta, razmotriti i drugačiji pristup ovom spornom pitanju.

Naime, tumačenje „shodne primene“ zakona kojim se reguliše parnični postupak može biti i drugačije u odnosu na važeće stanovište sudske prakse. Naime, Zakonom o stečaju je, u okviru odredbe člana 58, regulisana samo procesna posledica preduzimanja aktivne radnje povlačenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, učinjene od strane predlagača. S druge strane, stečajni zakon ne reguliše situaciju izostanka predlagača sa ročišta radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga. Otuda, kako je institut povlačenja inicijalnog akta, bilo tužbe ili predloga, ustanovljen kao vid sankcije usled nepoštovanja procesne discipline, to se može izvesti zaključak i da donošenje odluke kojom se smatra predlog povučenim proizvodi blaže posledice u odnosu na bilo koji vid drugačijeg postupanja suda u ovoj procesnoj situaciji. Naime, načelo dispozicije je procesno naličje autonomije volje iz materijalnopravnog odnosa, povodom kog je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka. Tako, ovlašćenju da se zahteva ispunjenje obaveze od dužnika odgovara pravo i da se radi njegovog ostvarenja inicira sudski postupak. S toga, kako podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka predstavlja pravo, a ne i obavezu, fikcija povlačenja nema samo ulogu da disciplinuje stranke, već neopravdanim nedolaskom na ročište za otvaranje stečajnog postupka stranka prećutno iskazuje stav da je nezainteresovana za vršenje prava. Suprotno bi vodilo zaključku da se ili ročište za raspravljanje o postojanju stečajnog razloga održi bez prisustva predlagača, što može štetiti njegovom materijalnopravnom položaju, ili da se ročište odlaže, što je suprotno načelu ekonomičnosti i hitnosti postupanja u stečajnom postupku. Takođe, navedeni pristup bi doveo

²² Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 277/22 od 25. avgusta 2022. godine.

do odstupanja od raspravnog načela na ročištu radi postojanja stečajnog razloga, što u praksi može dovesti i do brojnih zloupotreba prava. Ovo naročito iz razloga što su u praksi sve primećeni slučajevi da se predlog za otvaranje stečajnog postupka podnosi od strane povezanih lica, često sa nepostojećim, fiktivnim potraživanjima, a sve u cilju namernog prouzrokovanja stečaja radi izbegavanja posledica neograničene solidarne odgovornosti kontrolnih članova za obaveze društva prestalog u postupku prinudne likvidacije.²³ Tako bi se u slučaju omogućavanja da se stečajni postupak praktično otvori bez raspravnog načela otvorila vrata potencijalnoj zloupotrebi prava, o čijem sprečavanju je sud dužan da vodi računa u svakoj fazi postupka.

Ni tvrdnja u prilog suprotnom stanovištu, da se odluke u stečajnom postupku mogu donositi i bez usmene rasprave, ne može opstati kao pravnovaljana u situaciji kada je zakonodavac izričito zauzeo stav da se povodom otvaranja stečajnog postupka drži ročište na kome se i otvara stečajni postupak ukoliko sud oceni da su za to ispunjeni zakonski uslovi. U takvoj situaciji izostanak usmene rasprave, u slučaju kad sud to smatra potrebnim, dovodi u kontradiktornost sa zakonskom regulacijom o postojanju potrebe za održavanjem „ročišta“. Izostanak raspravnog načela doveo bi do isključivo formalnog postupanja suda na samom ročištu, što nikako nije bila intencija zakonodavca.

S druge strane, argumentacija da se predlog ne može smatrati povučenim usled izostanka predlagача sa ročišta, jer u stečajnom postupku nije dozvoljeno vraćanje u pređašnje stanje, a „životno je moguće da izostanak bude opravdan, odnosno da tužilac ne stigne da opravda isti do ročišta za glavnu raspravu“,²⁴ takođe može biti predmet rasprave. Naime, sam zakonodavac je izuzeo mogućnost podnošenja predloga za vraćanje u pređašnje stanje zbog prirode stečajnog postupka i njegove hitnosti. U tom smislu se i posledica izostanka sa ročišta povodom raspravljanja o postojanju stečajnog razloga može nadomestiti praktično istovremenim podnošenjem novog predloga za otvaranje stečajnog postupka. Tvrdnja da takav pristup nije pravnovaljan, koja se u praksi može oslušnuti, uz obrazloženje da se na taj način može reći i da tužilac odmah može podneti novu tužbu u parničnom postupku onda kada mu se tužba smatra povučenom, s jedne strane ne stoji, jer je priroda stečajnog postupka drugačija u odnosu na parnični postupak. Uz to, čak ni u parničnom postupku ne postoji pravna smetnja da se podnese nova tužba u slučaju da se prethodna smatra povučenom.

Sledeći navedeno, mogao bi se izvesti zaključak da u postupku koji odlikuje hitnost i ekonomičnost, a predlog može biti podnet i na osnovu „verovatnog“;

²³ Više o posledicama prinudne likvidacije, Marko Radović, „Odgovornost kontrolnog člana za obaveze društva prestalog prinudnom likvidacijom“, *Zbornik 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Primena prava i pravna sigurnost*, tom II, Beograd, 2021, 439–455.

²⁴ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 277/22 od 25. avgusta 2022. godine.

a ne samo dokazanog potraživanja, u kome se stanje u poslovanju pa i poslovnim odnosima predlagača (poverioca ili dužnika) i protivnika predlagača (dužnika) može znatno promeniti u periodu od podnošenja predloga do dana održavanja ročišta radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga, to je ne samo celishodnije, već i zakonito postupanje suda u situaciji kada usled izostanka predlagača sa ročišta donese odluku kojom se smatra da je predlog povučen. Ovo posebno u situaciji kada je i u samom pozivu za navedeno ročište upozorio stranku da izostanak sa istog vodi takvoj posledici. Pritom, stanovište prisutno u sudskoj praksi da „poziv za ročište radi raspravljanja stečajnog razloga“ ne može da sadrži ovo upozorenje, nema utemeljenje u pozitivnopravnim propisima. Upravo suprotno, shodnom primenom zakona kojim se reguliše parnični postupak otvaraju se vrata postojanju obaveze da poziv upućen strankama sadrži u sebi ovako regulisanu posledicu izostanka sa ročišta.

Na kraju, čak se eventualno tumačenje da se odredba kojom se „ne dozvoljava vraćanje u pređašnje stanje u stečajnom postupku“²⁵ odnosi na period nakon otvaranja stečajnog postupka, smatra pristupačnijim u odnosu na tvdnju da se usled izostanka sa ročišta isto može samo eventualno odložiti i zakazati novo. Na taj način bi se mogućnost podnošenja predloga za vraćanje u pređašnje stanje pre momenta otvaranja stečajnog postupka otvorila shodnom primenom zakona kojim se uređuje parnični postupak, čime bi se dozvolilo predlagaču da svoje odsustvo sa ročišta za raspravljanje o postojanju stečajnog razloga opravda razlozima koji dozvoljavaju vraćanje u pređašnje stanje.

ZAKLJUČAK

„Shodna primena“ zakona o parničnom postupku u situacijama kada određena pitanja nisu regulisana stečajnim zakonom podrazumeva potrebu prilagođavanja odredaba Zakona o parničnom postupku prirodi samog stečajnog postupka. S tim u vezi, ne postoji pravna smetnja primeni odredbe kojom izostanak predlagača sa ročišta radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga ima za posledicu donošenje rešenja kojim se njegov predlog smatra povučenim. Iako u prilog suprotnog stanovišta postoji snažna argumentacija u sudskoj praksi, priroda samog stečajnog postupka, njegova hitnost i ekonomičnost u postupanju vode zaključku da je donošenje ove odluke celishodnije u odnosu na postupanje kojim se u situaciji neodazivanja predlagača pozivu suda isto odlaže i eventualno zakazuje novo. Tim pre, donošenje odluke kojom se smatra predlog povučenim nije protivno pozitivnopravnim propisima, a koje stanovište se zastupa u sudskoj praksi.

²⁵ ZOS, čl. 43, st. 3.

Pored navedenog, tumačenjem propisa se može zauzeti i stav da se odredbe o nemogućnosti vraćanja u pređašnje stanje iz stečajnog zakonodavstva odnose samo na period nakon otvaranja stečajnog postupka, što bi otvorilo vrata primeni ovog pravnog instituta u fazi postupka pre otvaranja stečaja i tako pružila mogućnost predlagaču da naknadno opravda izostanak sa ročišta radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga.

Dr. MARKO RADOVIĆ
Judge of the Commercial Court in Belgrade

WITHDRAWING THE PETITION FOR BANKRUPTCY

Summary

The paper analyzes the regulation on the withdrawing the petition for bankruptcy proceedings. In this sense, the interpretation of the provisions of the Law on Bankruptcy, which regulates this procedural action, is primarily approached. Then the so-called the „fiction of withdrawing“, i.e. the possibility of passing a decision of withdrawing in the event of the absence of the duly invited proposer from the hearing scheduled to discuss the existence of bankruptcy grounds. In this connection, the question arises whether there is court hearing for the corresponding application of the Law on Civil Procedure, which regulates this situation. This question is particularly relevant due to the positive attitude of judicial practice, which gives a negative answer, which is discussed in the paper from a theoretical and legal point of view.

Key words: dissolution of the company, compulsory liquidation, controlling member, liability of the controlling member

Literatura

- Poznić B., *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1962.
- Radović V., *Stečajno pravo, Knjiga prva*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Radović M., „Odgovornost kontrolnog člana za obaveze društva prestalog prinudnom likvidacijom“, *Zbornik 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Primena prava i pravna sigurnost*, tom II, Beograd, 2021, 439–455.
- Slijepčević D., *Komentar Zakona o stečaju*, Privredni Savetnik, Beograd, 2016.
- Stanković G., *Građansko procesno pravo*, Prva sveska – Građansko procesno parnično pravo, Niš, 2007.

PREGLEDNI RAD

MIRJANA GLINTIĆ

OBAVEZNO OSIGURANJE OD AUTOODGOVORNOSTI ELEKTRIČNIH TROTINETA KAO PREDUSLOV ZAŠTITE TREĆIH LICA

Autorka analizira zakonske mogućnosti za zaključivanje ugovora osiguranja od autoodgovornosti od strane lica koje upotrebljava električni trotinet. Kako je nužni preduslov obaveze osiguravača po osnovu obaveznog osiguranja od autoodgovornosti taj da je šteta naneta trećem licu usled upotrebe motornog vozila, autorka centralni deo rada posvećuje analizi modaliteta definisanja motornog vozila u komunitarnom i srpskom pravu, kao i pitanju da li postoji prostor da se električni trotinet podvede pod pravni režim predviđen za motorna vozila. Pozitivnopravna i uporednopravna analiza signalizirale su da je pristup srpskog zakonodavca takav da dozvoljava poimanje električnih trotineta kao motornih vozila. Međutim, sudska praksa i postupanje policijskih organa u vezi sa saobraćajnim nezgodama koje uključuju električne trotinete jasno pokazuju da ne dele autorkin stav. U zaključnom delu rada autorka predstavlja argumente u korist uvođenja obaveznog osiguranja od autoodgovornosti električnih trotineta i zaključuje da bi tako uspostavljen hibridni sistem koji se zasniva na elementima osiguranja i deliktne odgovornosti učinio vrlo malo verovatnim da se izbegne odgovornost za štetu prouzrokovanu trećim licima.

Ključne reči: ugovor o osiguranju, osiguranje od autoodgovornosti, električni trotinet, motorno vozilo

U V O D

Tržište osiguranja se, bar u delu koji se tiče osiguranja motornih vozila, značajno promenilo u poslednjih par godina. Pojava sve većeg broja vozila sa automatskim

Dr Mirjana Glintić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: m.glintic@iup.rs.

upravljanjem, kao i različitih električnih vozila, stavili su izazov pred osiguravajuća društva da prošire ponudu svojih proizvoda i usluga osiguranja.¹ Tipičan primer u tom smislu predstavlja i pojava i sve veća rasprostranjenost električnih trotineta, koji su svoju ekspanziju doživeli za vreme pandemije kovida 19, ali i usled značajnih napora politike Evropske unije da se što efikasnije regulišu klimatske promene.² Električni trotineti se sve više mogu videti po evropskim gradovima, kako ih koriste i stanovnici i turisti prilikom prelaženja malih razdaljina po gradovima.³ Međutim, i pored svih prednosti,⁴ u vezi sa njihovom upotrebom po gradskim ulicama, javila su se brojna pitanja, a samo neka od njih su da li ova vozila zahtevaju registraciju, kuda se mogu voziti, postoje li ograničenja u pogledu lica koja upravljaju ovim vozilom, do toga ko je odgovoran za štetu koja proistekne iz saobraćajnih nezgodu u kojima je učestvovao i električni trotinet.⁵

Pobrojana pitanja jasno ukazuju da korišćenje električnih trotineta utiče na tri različite grane privatnog prava: deliktna odgovornost, odgovornost proizvođača i pravo osiguranja. Uz ostale ekonomske i tehnološke izazove, davanje odgovora na pitanja iz oblasti deliktne odgovornosti i prava osiguranja, od velikog je značaja za pružanje pravne sigurnosti licima oštećenim u ovakvim saobraćajnim nezgodama. Ovaj rad je posvećen pitanju osiguranja, tačnije obaveznog osiguranja od autoodgovornosti, a prvenstveno pitanju da li u našim propisima postoji

¹ Promene će se ogledati i u tome da će zahtevi za naknadu štete biti sve viši, jer će, primera radi, zamena različitih senzora biti sve skuplja.

² U skladu sa evropskim Zelenim dogovorom, kompanije su se obavezale da će smanjiti emisiju CO₂ iz putničkih automobila za više od polovine do 2030. godine, u poređenju sa nivoima iz 1990. godine. Više od 150 evropskih gradova već je uvelo ograničenja, kao što je smanjenje upotrebe privatnih vozila u određenim oblastima, a očekuje se da će korišćenje električnih vozila dostići skoro 50 odsto na globalnom nivou u narednoj deceniji.

³ Jon-Patrick Allem, Anuja Majmundar, „Are Electric Scooters Promoted on Social Media with Safety in Mind? A Case Study on Bird’s Instagram“, *Preventive Medicine Reports*, No. 13, 2018, 62. Takođe, Roomy Khan, „Electric Scooters: Last-Mile Mobility, Thrill Rides, Public Nuisance or Hazard“, *Forbes*, 2018, <https://www.forbes.com/sites/roomykhan/2018/12/24/electric-scooters-last-mile-mobility-thrill-rides-public-nuisance-orhazard/#4fac1c873ccb>, 10. 9. 2022.

⁴ Kako je reč o mašinama koje pokreće električna energija, njihov je veliki doprinos prelasu na EU transportni sistem. Moderni proizvodi, nove tehnologije i pristup internetu su u velikoj meri promenili pogled na vozila, kako ona treba da izgledaju i koje uslove treba da ispunjavaju, ali i na sam koncept njihovog vlasništva i uopšte dostupnosti.

⁵ Tako su i Vlada Velike Britanije i lokalne samouprave otkazale brojne projekte podrške iznajmljivanju električnih trotineta usled brojnih nezgoda i zloupotrebe ovih sredstava prevoza. Za više detalja v. <https://dwfgroup.com/en/news-and-insights/insights/2020/7/e-scooters-an-eco-transport-solution-or-accident-waiting-to-happen>, 10. 9. 2022.

prostor za zaključivanje ugovora o obaveznom osiguranju od autoodgovornosti od strane lica koje upravlja električnim trotinetom. Međutim, pre davanja odgovora na to pitanje, potrebno je rešiti nedoumicu da li električni trotineta predstavljaju motorna vozila, čije posedovanje i upravljanje zahteva zaključivanje ugovora o osiguranju od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima, a u vezi sa korišćenjem električnih trotineta.

KLASIFIKACIJA ELEKTRIČNOG TROTINETA KAO MOTORNOG VOZILA

Uzevši u obzir tehničke karakteristike, električni trotineta se nalaze negde između bicikli, mopeda i automobila.⁶ Iako to zvuči kao tehničko pitanje, koje nema nikakve aplikacije po pravo i pravni režim upotrebe električnih trotineta, od odgovara na pitanje da li je električni trotinet motorno vozilo, odnosno prevozno sredstvo u smislu našeg Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju,⁷ zavisi odgovor i na brojna druga pitanja u vezi sa osiguranjem i odgovornošću lica koje upravlja električnim trotinetom za štetu koju može naneti pešacima, motornim vozilima ili licima koja njima upravljaju. Ako bi se pak zauzeo stav da električni trotineta predstavljaju bicikle ili mopede, onda ne bi postojala potreba da se odgovara na sva ova pitanja, ali bi oštećena lica mogla da se oslone samo na pravila o građanskoj odgovornosti i privatnu tužbu za naknadu štete.⁸ Ipak, tehničke karakteristike električnog trotineta, prvenstveno njihova brzina, dimenzije i kapacitet motora čine da

⁶ Tako i OECD, „OECD Urban Studies Improving Transport Planning for Accessible Cities“, OECD Publishing, 2020, 28.

⁷ Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012 i 7/2013 – odluka US.

⁸ I pored određenih sličnosti sa biciklima, prilično je jasno da je upravljanje električnim trotinetima daleko rizičnije u smislu prouzrokovanja nezgoda. Prema studiji sprovedenoj u Americi, samo 4% vozača trotinetom je nosilo kacige prilikom nezgoda, a posledice su bile brojne, bilo po lice koje je upravljalo električnim trotinetom, bilo po pešake koje su udarili – povrede glave i različite druge fature. Za više detalja o studiji, v. Darden Copeland, „Electric Scooters: A New Frontier in Transportation and Products Liability“, *Richmond Journal of Law & Technology*, No. 2, 2020, 10.

O povredama usled upotrebe električnih trotineta u Evropi v. Stig Nikolaj Fasmer Blomberg, „Injury from electric scooters in Copenhagen: a retrospective cohort study“, *BMJ Open*, 2019. Prema nekim podacima, samo je u Austriji tokom 2019. godine hospitalizovano preko 1.200 vozača električnih trotineta. U nekim drugim zemljama pak ovakvih podataka nema, što je opet povezano sa tim da sistem ni ne poznaje registraciju električnih trotineta, tako da nije ni moguće ustanoviti koliko ih je učestvovalo u nesrećama. V. Kas Kamphuis, Ingrid van Schagen, „E-scooters in Europe: legal status, usage and safety“, *FERSI paper*, 2020, 15.

se električni trotineti shvataju kao kategorija vozila bliža motornim vozilima,⁹ za šta se može naći potvrda i u nadnacionalnim i nacionalnim propisima.

Klasifikacija električnih trotineta u pravu Evropske unije

I pored apostrofiranja potrebe regulisanja novih tipova i vrsta vozila, koja su svoj procvat doživela nakon 2010. godine, na nivou Evropske unije ne postoji propis koji se isključivo bavi materijom električnih trotineta. Iz tog razloga se prilikom klasifikovanja električnih trotineta u kategoriju nekih od postojećih vozila, mora krenuti od opštijih akata i njihovih definicija određenih vrsta vozila kako bi se ustanovilo da li se električni trotineti uklapaju u date definicije.

Analiza propisa prava EU koji regulišu materiju različitih vrsta vozila,¹⁰ jasno ukazuje na to da je za regulisanje pitanja u vezi sa upotrebom električnih trotineta na nivou Evropske unije osnovni propis Direktiva o osiguranju od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila i izvršenju obaveze osiguranja od te odgovornosti (u daljem tekstu Direktiva),¹¹ kojom se definiše i motorno vozilo. Prema prvoj i dugo važećoj verziji člana 1 Direktive, pod motornim vozilom se podrazumevalo „svako motorno vozilo namenjeno za kopneni saobraćaj, a koje pokreće mehanička snaga, ali koje se ne kreće po šinama, i svako priključno vozilo, bilo da je priključeno ili ne.“ Pomenuta definicija je bila prilično široka i njom se pokrivaio čitav spektar motornih vozila, računajući i ona koja nisu postojala u trenutku donošenja Direktive. U trenutku kada je Direktiva doneta, nisu postojali automobili kojima nije potreban vozač da njima upravlja, već se ona sama kreću.¹²

⁹ Takođe, prema propisima donetim od strane Ujedinjenih nacija, bicikli predstavljaju vozila koja se isključivo pokreću snagom ljudskog tela i mišića: José Ignacio Íñiguez, Ana Íñiguez-de-la-Torre, „Human-Powered Vehicles – Aerodynamics of Cycling“, *Applied Aerodynamics* (eds Jorge Colman Lerner, Ulfilas Boldes), London, 2012, 1–20.

¹⁰ Pitanje na koje treba prvenstveno odgovoriti jeste da li se na trotinete ima primeniti Direktiva EU 168/2013 o odobravanju i nadzoru nad tržištem dvotočkaša i trotočkaša i kvadova, u onim zemljama u kojima se mogu voziti po putevima. Međutim, samom Direktivom je predviđen čitav niz izuzetaka vozila na koja se ne može primeniti ova Direktiva (čl. 2(2)(i), čl. 3, čl. 29(3)), koji, između ostalog, po datim opisima obuhvataju i električne trotinete. Ovi članovi isključuju primenu Direktive na vozila koja su samobalansirajuća, koja nemaju bar jedno sedište i sl.: Regulation (EU) No. 168/2013 of the European Parliament and of the Council of 15 January 2013 on the approval and market surveillance of two- or three-wheel vehicles and quadricycles, OJ L 60/52.

¹¹ Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, OJ L 263/11.

¹² V. Francesco Paolo Patti, „The European Road to autonomous vehicles“, *Fordham International Law Journal*, No. 1, 2019, 125–162. Takođe, Michael Chatzipanagiotis, George Leloudas,

Sada pak ta vozila postoje i nesporno je da se Direktiva primenjuje i na takva vozila.¹³ Ipak, Direktiva je ostavila mogućnost državama članicama da svaku vrstu vozila izuzmu od režima predviđenog Direktivom, ako smatraju da je to neophodno i o čemu moraju obavestiti Evropsku komisiju kako bi to vozilo stavila na Listu izuzetih vozila.¹⁴

Što se tiče električnih trotineta, oni su ispunjavali sve uslove iz navedene definicije i definitivno su se imali smatrati motornim vozilom u skladu sa Direktivom. Međutim, navedena definicija je izmenjena prošle godine prilikom revizije Direktive,¹⁵ prvenstveno pod uticajem prakse Suda pravde. U skladu sa poslednjim izmenama proširen je, ili bolje reći preciziran je pojam motornog vozila tako što je propisano šta može biti izvor njegove snage i predviđajući precizne parametre brzine i težine motornog vozila. Tako se sada pod motornim vozilom podrazumeva „svako motorno vozilo namenjeno za kopneni saobraćaj, a koje *isključivo* pokreće mehanička snaga, ali koje se ne kreće po šinama, s najvećom projektnom brzinom većom od 25 km/h ili najvećom netom masom većom od 25 kg i najvećom projektnom brzinom većom od 14 km/h, i svako priključno vozilo, koje se upotrebljava sa vozilom iz tačke a), bilo da je priključeno ili ne.“¹⁶ Kada se uzmu u obzir tehničke karakteristike električnog trotineta, jasno je da je upitno da li sada baš svaka vrsta električnog trotineta ispunjava uslove za motorno vozilo. Iako neki od njih mogu da razviju i veće brzine, sloboda koja je ovom Direktivom data državama članicama u pogledu preciziranja uslova u ovoj oblasti će imati krajnju reč u pogledu klasifikovanja električnih trotineta kao motornog vozila. Kako je pokazala uporednopravna analiza, i pored brojnih različitih pravnih rešenja u pogledu ovog vozila, ono što je zajedničko za veliki broj nacionalnih rešenja jeste ograničenje brzine kretanja električnih trotineta na 20–25 km/h.

„Automated Vehicles and third-party liability: a European perspective“, *University of Illinois Journal of Law*, No. 1, 2020, 109–200.

¹³ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to ensure against such liability*, SEC(2018) 248 final, SWD(2018) 247 final, SWD(2018) 248 final.

¹⁴ Čl. 5, st. 3, 7 Direktive se najčešće primenjuje na oružana vozila. Tako su i kod nas isključena iz obaveze osiguranja prevozna sredstva Vojske Republike Srbije.

¹⁵ Directive (EU) 2021/2118 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2021 amending Directive 2009/103/EC relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to insure against such liability, OJ L 430/1.

¹⁶ Čl. 1 (1) Direktive.

S obzirom na to da se promena Direktiva desila nedavno i da se tek krenulo sa implementacijom izmena (rok je do decembra 2023. godine), u ovom trenutku ostaje da se vidi šta će biti konačni stav. Naročito kada se uzme u obzir praksa Suda pravde koja se vrlo često menjala, uz obrazloženje iz jedne od najpoznatijih odluka u ovoj oblasti *Vnuk*, kada je Sud stao na stanovište da pojmove treba tumačiti u duhu zaštite žrtava nezgode koju je prouzrokovalo jedno motorno vozilo, ali i u duhu „liberalizacije saobraćaja lica i robe u cilju izgradnje unutrašnjeg tržišta“.¹⁷ Kada se pogleda praksa Suda pravde, jasno je da pojam upotrebe motornog vozila i pojam samog motornog vozila nije jedna zatvorena i konačna konstrukcija, koja ne dozvoljava širenje definicija zavisno od okolnosti slučaja.¹⁸ Menjao se i menjaće se ovi pojmovi, kako u kontekstu toga koja su vozila pokrivena ovim pojmovima, tako i kontekstu koje su površine na kojima se moraju motorna vozila nalaziti, da li se moraju kretati ili ne i slično.¹⁹

Klasifikacija električnih trotineta u uporednom pravu

Pojava električnih trotineta stavila je u pravu enigmnu zakonodavce, jer njihova tehnička svojstva ne dozvoljavaju njihovu laku kategorizaciju. Koristeći mogućnost iz Direktive, države članice su usvojile različita rešenja u pogledu regulisanja električnih trotineta. Definicije su različite: od „naprava koje se kreću/mrdaju“ u Belgiji, preko „lakih električnih vozila“ u Finskoj, do francuskih „ličnih motorizovanih naprava za putovanja“ ili „novih ličnih električnih vozila“.²⁰

¹⁷ Tačka 9 odluke u predmetu *Damijan Vnuk v Zavarovalnica Triglav d. d.*, Case C-162/13.

¹⁸ Berislav Matijević, „*Croquis* pojma 'upotreba vozila' u osiguranju od automobilske odgovornosti kroz praksu Suda Evropske unije“, *Strani pravni život*, br. 3, 2019, 143. Sve šire poimanje i vozila i motornog vozila prisutni su i u domaćoj teoriji i praksi, v. Dragan Mrkšić, Zdravko Petrović, Katarina Ivančević, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Savremena administracija, Beograd, 2014, 316.

¹⁹ Tako je Sud pravde vremenom stao na stanovište da prevrtanje vojnog terenskog vozila u toku vojne vežbe, a koje je za posledicu imalo povredu putnika, predstavlja upotrebu motornog vozila u kontekstu osiguranja od autoodgovornosti, pa čak i ako se vozilo nije kretalo po javnim putevima niti putevima predviđenim za kretanje vozila sa točkovima; ili kretanje traktora po poljoprivrednim površinama (*Vnuk i Isabel Maria Pinheiro Vieira Rodrigues de Andrade and Fausto da Silva Rodrigues de Andrade v José Manuel Proença Salvador and Others*, Case C-514/16). Takođe, odlukom Suda pravde je ustanovljeno da upotrebu motornog vozila predstavlja i situacija kada je motorno vozilo parkirano (*BAN v BTA*, Case C-648/17, *Rodrigues de Andrade*). V. Marijan Ćurković, „Uporaba vozila u obaveznom osiguranju od automobilske odgovornosti – nova definicija pojma u presudi Suda pravde Evropske unije od 4. rujna 2014“, *Hrvatska pravna revija*, br. 10/2015, 112–115. Takođe, Miloš Radovanović, „Pojam upotrebe motornog vozila u slovenačkoj sudskoj praksi“, *Strani pravni život*, br. 1, 2018, fn. 32, fn. 33.

²⁰ Za više detalja, <https://futuraride.com/electric-scooter-laws-europe/>, 18. 9. 2022.

U retko kojoj zemlji su električni trotineti uopšte prepoznati kao zakonske kategorije. Izuzetak predstavljaju Austrija,²¹ Danska,²² Nemačka²³ i Belgija.²⁴ Dakle, države članice su na različite načine odredile na njihovu pojavu – neke su na njih *mutatis mutandis* počele da primenjuju propise koji regulišu učešće bicikli u saobraćaju,²⁵ neke su ustanovile posebne režime, dok su ih neke izjednačile sa pešacima.²⁶ Takođe, u nekim zemljama propisi zahtevaju da se električnim trotinetima upravlja na kolovozima, neki na biciklističkim stazama; neki propisuju obavezu nošenja kacige, neki je samo preporučuju i slično.²⁷

Različita rešenja posledično postoje i u pogledu klasifikovanja lica koja upravljaju električnim trotinetima: u Finskoj su oni pešaci, u Švajcarskoj vozači malih motornih vozila, a u nekoliko zemalja (Danska, Italija, Norveška) se shvataju kao vozači.²⁸

Bez obzira na sve razlike koje postoje između različitih nacionalnih pravnih sistema, bar u Evropi, ono što im je svima zajedničko jeste da je maksimalna brzina kojom se trotineta smeju kretati ograničena na 20 do 25 km/h.²⁹

Raznolikost prikazanih rešenja jasan je signal da se javila definitivna potreba za jedinstvenim regulisanjem materije.³⁰ Pitanje je samo šta je pametno rešenje – da li krenuti od poznatih fenomena ili napraviti potpuno novi propis, bez nastojanja

²¹ Par. 88b Straßenverkehrsordnung, BGBl. No. 159/1960.

²² Danish Road Safety Council, *Personal Communication of 28 November 2019 and 23 January 2020*.

²³ Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr und zur Änderung weiterer straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften, BGB I 756.

²⁴ Royal Decree of 1^{er} December 1975, establishing a general regulation on the road traffic police and the use of the public highway.

²⁵ To je slučaj u Danskoj – v. fn. 22, kao i u Portugalu: National Road Safety Authority, *Personal Communication of 28 Nov 2019*.

²⁶ U zavisnosti od brzine kojom se kreću, u Belgiji se električni trotineta, odnosno lica koja njima upravljaju, mogu okarakterisati kao bicikli ili kao pešaci. Naime, ako se kreće brzinom kojom se prosečno kreću pešaci (5–6 km/h), onda će se smatrati da je ovo lice bilo pešak: Federal Public Service of Transports, *Personal communication of 14 August 2019 and 23 January 2020*.

²⁷ Tako u Španiji postoji preporuka da se nosi fluorescentni prsluk i da se ne smeju nositi slušalice tokom vožnje električnog skutera, v. „New rules for electric scooters on Spain’s roads“, *Think Spain*, <https://www.thinkspain.com/news-spain/32617/new-rules-for-electric-scooters-on-spain-s-roads>, 20. 9. 2022.

²⁸ FERSI, *E-scooters in Europe: legal status, usage and safety: Results of a survey in FERSI countries*, tekst dostupan na <https://fersi.org/wp-content/uploads/2020/09/FERSI-report-scooter-survey.pdf>, 9. 9. 2022.

²⁹ Maciej Sokolowski, „Laws and Policies on Electric Scooters in the European Union: A Ride to the Micromobility Directive“, *European Energy and Environmental Law Review*, 2020, 127.

³⁰ *Ibidem*, 130–131.

da se on spakuje u već postojeće i poznate okvire. Možda bi se potpunim uvažavanjem posebnosti ovog novog uređaja jasnije mogle regulisati sve pojedinosti i eliminisati veći broj potencijalnih opasnosti.

Ipak, ono o čemu treba voditi računa jeste da će se i trenutna zakonska rešenja vrlo verovatno menjati i prilagođavati brojnim novim situacijama. Tako je, samo primera radi, 2019. godine u Španiji izvršena izmena propisa usled nekoliko saobraćajnih nezgoda u koje su bili uključeni električni trotineta, od kojih je jedna bila i sa smrtnim ishodom. Tom prilikom su propisane izuzetno visoke kazne za voženje trotineta po trotoarima i za korišćenje mobilnih telefona prilikom vožnje.³¹

Klasifikacija električnih trotineta u srpskom pravu

Naše zakonodavstvo, kao i većina evropskih nacionalnih propisa, ne sadrži nikakvu konkretnu definiciju električnog trotineta, što stavlja u problem i policijske službenike i pravosudne organe u vezi sa sve većim brojem nezgoda u koje su uključeni električni trotineta. Ne postoji dakle njegovo određenje ni kao prevoznog sredstva, niti kao bicikla, nejasno je kuda se sme voziti, ko sme njima da upravlja i smeju li se više lica istovremeno prevoziti na taj način. Stoga je potrebno krenuti od ekstenzivne definicije motornog vozila iz Zakona o bezbednosti saobraćaja.³² Drugi zakon koji bi se mogao konsultovati jeste Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju,³³ ali ovaj propis ne sadrži jasnu definiciju motornog vozila, već upućuje na značenje utvrđeno zakonom kojim se uređuje odgovarajuća vrsta saobraćaja, konkretno Zakon o bezbednosti saobraćaja. To znači da stvar koja predstavlja motorno vozilo u smislu saobraćajnog propisa, predstavlja i motorno vozilo u smislu propisa o osiguranju.

Kako je reč o prevoznom sredstvu koje ide na sopstveni pogon, koje pokreće električni motor (od 80 do 700 vati) i koje se ne kreće po šinama, može se zaključiti da jeste reč o motornom vozilu kako ga definiše Zakon o bezbednosti saobraćaja. Nedoumice mogu postojati u vezi sa tim da li se električni trotinet eventualno može posmatrati kao motocikl,³⁴ što će zavisiti od konkretne kubikaže

³¹ Za više detalja v. <https://dwfgroup.com/en/news-and-insights/insights/2020/7/e-scooters-an-eco-transport-solution-or-accident-waiting-to-happen>, 23. 9. 2022.

³² Čl. 7, tač. 33, 34, 36 Zakona o bezbednosti u saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon, 9/2016 – odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 – dr. zakon.

³³ Čl. 3, st. 1, tač. 3 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

³⁴ Čl. 7, tač. 34, 36 Zakona o bezbednosti u saobraćaju. V. Miloš Radovanović, „Električni trotineta i osiguranje od autoodgovornosti“, *Zbornik radova sa konferencije „Moderne tehnologije, novi i tradicionalni rizici u osiguranju“*, Šabac, 2021, 124.

motora trotineta i maksimalne brzine koju može da razvije,³⁵ ali ne postoji sumnja da je reč o motornom vozilu.

OSIGURANJE OD AUTOODGOVORNOSTI U VEZI SA UPRAVLJANJEM ELEKTRIČNIM TROTINETOM

Podaci iz brojnih zemalja širom sveta pokazuju da su korišćenje i upravljanje trotinetima često povezani sa brojnim nezgodama. Pored toga što se lica koja upravljaju električnim trotinetom mogu povrediti, pasti i slično, često se dešava da nanesu telesnu ili materijalnu štetu drugim licima (pešacima i/ili drugim motornim vozilima). Postavlja se pitanje odgovornosti za tako nastalu štetu. Kako električni trotineta ne podležu (uglavnom) obavezi registracije, često je nemoguće utvrditi ko je štetnik.³⁶ Iz tog razloga je jasna tendencija razmatranja da li postoji prostor za uvođenje obaveznog osiguranja od autoodgovornosti koje je namenjeno zaštititi interesa žrtava i lica oštećenih u saobraćajnim nezgodama, a ne interesa osigurani-ka.³⁷ Značaj osiguranja od autoodgovornosti predstavlja osiguranje široke socijalne funkcije, jer na taj način društvena zajednica nastoji da pruži zaštitu učesnicima u saobraćajima tako što im garantuje da će im šteta koju pretrpe od lica koje upravlja motornim vozilom biti naknađena. Obavezu naknade štete ima osiguravač koji je sa vlasnikom motornog vozila zaključio ugovor o osiguranju od autoodgovornosti i to u onom obimu u kom je to predviđeno ugovorom o osiguranju.³⁸ Ideja nije da se

³⁵ Iako im je brzina uglavnom ograničena na 25 km/h postoje modeli čija brzina može ići i preko 40 km/h, pa i preko 80 km/h. Prema podacima radne grupe MUP-a za izradu Zakona o bezbednosti u saobraćaju, postoje modeli koji razvijaju tako velike brzine. V. Ilija Smiljanić, Dušan Smiljanić, „Zakonska definisanost trotineta na sopstveni pogon kao prevoznog sredstva u Republici Srbiji“, *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Valjevo 2022, 23.

³⁶ Primeri iz Amerike jasno svedoče da, pošto kompanije koje iznajmljuju električne trotinete ne zahtevaju zaključivanje ugovora o osiguranju od autoodgovornosti, kada dođe do nezgode, lica koja upravljaju trotinetom često samo pobegnu iako su povredili pešaka. Martina Barash, „Bird, Lime Class Suit Result of Scooter Users Skedaddling“, *Bloomberg Law News*, 2018, tekst dostupan na <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/bird-lime-class-suit-result-of-scooter-users-skedaddling-2?context=article-related>, 8. 10. 2022.

³⁷ Michael Faure, „Compulsory Liability Insurance: Economic Perspectives“, *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective* (ed. Attila Fenyes et al.), Berlin, Boston, 2016, 319, 320–322.

³⁸ Tako i B. Matijević, op. cit., 139. Takođe, Vladimir Čolović, „Naknada štete po osnovu osiguranja od odgovornosti – ranije i sadašnje regulisanje u zakonodavstvu Srbije“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđivanje potraživanja* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2010, 12.

uvođenjem osiguranja od autoodgovornosti sistem zasnovan na odgovornosti osiguranika zameni sistemom u kom neće postojati njegova odgovornost i u kom će osiguravač uvek odgovarati umesto njega. Naprotiv, ovakav jedan hibridni sistem koji se zasniva na elementima osiguranja i deliktne odgovornosti čini vrlo malo verovatnim da se izbegne odgovornost za prouzrokovanu štetu.³⁹

Međutim, da bi postojala obaveza osiguravača po osnovu osiguranja od autoodgovornosti, do štete mora doći usled upotrebe motornog vozila.⁴⁰ Kako je predstavljeno u prethodnom odeljku ovog rada, taj uslov je ispunjen, odnosno i komunitarno pravo i brojni nacionalni propisi, uključujući i naše, dozvoljavaju da se električni trotineti smatraju motornim vozilom.

Osiguranje od autoodgovornosti u vezi sa upravljanjem električnim trotinetima u komunitarnom pravu

Već pomenuta Direktiva je osnovni propis prava Evropske unije koji reguliše materiju osiguranja od autoodgovornosti u vezi sa upotrebom motornih vozila, kojom je predviđena obaveza država članica da obezbede da je građanska odgovornost u vezi sa upotrebom motornih vozila pokrivena osiguranjem, koje će pokrivati osigurane slučajeve koji se dogode na teritoriji EU⁴¹ i da predvide jasne procedure naknade štete po osnovu ovog osiguranja, čime mu je dat jedan prilično birokratski karakter.⁴²

Uvođenjem obaveznog osiguranja od autoodgovornosti putem Direktive, EU se zapravo približava za još jedan korak uspešnom funkcionisanju jedinstvenog

³⁹ Zato se i sistem odgovornosti iz Direktive naziva „prikriveni režim deliktne odgovornosti“ ili „režim deliktne odgovornosti iz senke“: James Davey, „A Compulsory Diet of Chickens and Eggs: The EU Motor Insurance Directives as a Shadow Tort Regime“, *Research Handbook on EU Tort Law* (ed. Paula Gilker), Bristol, 2017, 239, 240–243. O vezama deliktne građanske odgovornosti i osiguranja, v. Mauro Bussani, Marta Infantino, „Tort Law and Legal Cultures“, *The American Journal of Comparative Law*, No. 1, 2015, 77, 80–83.

⁴⁰ M. Radovanović (2018), op. cit., 102.

⁴¹ Čl. 3 Direktive. O problemima prve direktive u ovoj oblasti u vezi sa nepredviđanjem minimalnih nivoa pokrića zajedničkih za celu EU, v. James Marson, Hasan Alissa, Katy Ferris, „Resolving the Inconsistency Between National and EU Motor Insurance Law. Was Factortame the Solution on Nobody Sought?“, *German Law Journal*, No. 22, 2021, 126.

⁴² Wolfgang Ernst, „General Introduction: Legal Change? Railway and car accidents and How the Law Coped with Them“, *The Development Of Traffic Liability* (ed. Wolfgang Ernst), Cambridge, 2010, 1,7. Takođe, Simon Halliday, Jonathan Ilan, Colin Scott, „Street-Level Tort Law: The Bureaucratic Justice of Liability Decision-Making“, *The Modern Law Review*, No. 3, 2012, 347, 355–356.

tržišta,⁴³ što svakako zahteva ostvarivanje slobode kretanja ljudi.⁴⁴ Da bi građani Evropske unije mogli nesmetano da se kreću iz jedne države članice u drugu, potrebno je obezbediti zaštitu u smislu postojanja osiguranja od autoodgovornosti nezavisno od toga na teritoriji koje države članice se desi saobraćajna nezgoda.⁴⁵ To je i postignuto ovom Direktivom, kojom se dozvoljava da se polisa po osnovu osiguranja od autoodgovornosti izdata u jednoj državi članici koristi i u drugim državama članicama, zavisno od toga gde se dogodi saobraćajna nezgoda.⁴⁶ Dodatni stepen zaštite građana postignut je propisivanjem minimuma pokrivanja po osnovu polisa, a koji samo može biti propisan u većem iznosu u propisima država članica. Osim toga, predviđena su pravila i za slučaj da štetu u saobraćajnoj nezgodi prouzrokuje lice koje upravlja neosiguranim motornim vozilom, kako bi se pružila odgovarajuća zaštita i tim oštećenim licima.⁴⁷ To se postiže putem sistemske provere registrovanih polisa osiguranja od autoodgovornosti u okvirima svoje zemlje.⁴⁸ Države članice po osnovu Direktive gube mogućnost da kontrolišu osiguranje od autoodgovornosti zaključeno u drugoj državi članici, uz obavezu uspostavljanja garantnog fonda za naknadu štete prouzrokovanu oštećenom licu neosiguranim ili nepoznatim vozilom.

⁴³ O svim problemima u vezi sa uspostavljanjem jedinstvenog tržišta osiguranja v. Mirjana Glintić, „Uspostavljanje 29. pravnog režima za ugovorno pravo osiguranja kao uslov funkcionisanja unutrašnjeg evropskog tržišta“, *Pravni život*, br. 12, 2015, 229–244, kao i M. Glintić, „Ograničenja izbora Načela ugovornog prava reosiguranja kao merodavnog prava“, *Pravni život*, br. 11, 2019, 171–185.

⁴⁴ Slobodno kretanje građana EU predstavlja jedan od osnovnih principa Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, predviđenog u članovima 21, 45 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije i članu 3(2) Ugovora o Evropskoj uniji. Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union 2012/C 326/01 of 26. 10. 2012, detaljnije v. Jelena Čeranić Perišić, „Pravni okvir saradnje između Švajcarske i Evropske unije“, *Uvod u pravo Švajcarske* (ur. Oliver Nikolić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2018, 197–210.

⁴⁵ Tog mišljenja su i J. Marson, H. Alissa, K. Ferris, op. cit., 122.

⁴⁶ Dakle, osnovu osiguranja od autoodgovornosti u EU čini sistem zelene karte – International Green Card System, sporazum koji uključuje 48 zemalja, uz ovih pet direktiva koje su 2009. godine integrisane u jednu.

⁴⁷ J. Marson, H. Alissa, K. Ferris, op. cit., 126 – govore o značaju člana 2 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na ostvarivanje principa pravne države.

⁴⁸ Upor. čl. 4 Direktive u kontekstu ostvarivanje slobode kretanja vozila u okviru EU. Kako se ne bi vozila fizički zaustavljala i kontrolisala, sve više se radi na modernim tehnologijama koje imaju mogućnost kontrolisanja registarskih tablica i toga da li je auto osiguran, ali bez njegovog zaustavljanja. Uz to, kontrolisanje vozila koja prelaze sa teritorije jedne države članice na drugu zahteva razmenu podataka između država članica, koja se mora odvijati u skladu sa Opštom direktivom o razmeni podataka (GDP).

Jedino uspostavljanjem ovakvog jedinstvenog sistema osiguranja od auto-odgovornosti bi mogle da se otklone razlike koje postoje između stepena pravne zaštite koje nude države članice oštećenim licima i rešava se problem nedovoljne naknade štete.⁴⁹

Osiguranje od autoodgovornosti električnih trotineta u srpskom pravu

Kao što je predstavljeno u prethodnim odeljcima, i u pravu Republike Srbije postoji prostor da se električni trotinet smatra motornim vozilom, što posledično znači da u vezi sa njegovom upotrebom mora biti zaključen ugovor o osiguranju od autoodgovornosti, kao što to predviđa i Zakon o obaveznom osiguranju saobraćaja.⁵⁰ Dakle, činjenica da je reč o vozilu koje pokreće snaga sopstvenog motora i koje služi za prevoz ljudi bi trebalo, bar po mišljenju autorke, automatski da kvalifikuje električne trotinete za obavezno osiguranje od autoodgovornosti, čija je obaveza zaključivanja opšta.⁵¹

Ipak, ono o čemu se svakako mora voditi računa jeste da je ovde reč o materiji fluidnog karaktera, koja se često menja pod uticajem konkretnih dešavanja na terenu, o čemu svedoče i predstavljene izmene Direktive. Tako da neće predstavljati iznenađenje ako se izmeni i naša definicija motornog vozila, bilo pod uticajem konkretnih slučajeva, bilo pod uticajem prava EU.⁵² Da je pitanje električnih trotineta siva zona, bar u Evropi, svedoči i činjenica da je odlukom Evropskog parlamenta ipak tvrđeno da električni trotineta neće biti predmet obaveznog osiguranja, jer se smatra da bi time nastupila preopterećenost propisima. Obaveznog osiguranja oslobođeni su još i električni bicikli, skuteri koje koriste starija lica za kretanje, kosilice za travu, kao i vozila koja se isključivo koriste za moto-trke.⁵³

⁴⁹ M. Faure, op. cit., 320.

⁵⁰ Čl. 2, tač. 2, čl. 18, st. 1 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

⁵¹ Čl. 18, st. 1 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

⁵² Zapravo se već nekoliko godina očekuju izmene Zakona o bezbednosti saobraćaja, koje će obuhvatiti i regulisanje električnih trotineta. I. Smiljanić, D. Smiljanić, op. cit., 30.

⁵³ Za više informacija v. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210617IPR06467/deal-reached-on-new-rules-to-better-protect-road-accident-victims>; <https://www.electrive.com/2018/06/11/ec-wants-mandatory-e-bike-insurance/>; <https://www.eltis.org/discover/news/european-parliament-calls-no-liability-insurance-electric-bikes>; <https://www.forbes.com/sites/carltonreid/2019/01/22/eu-electric-bike-riders-will-not-need-compulsory-insurance-decides-european-parliament/?sh=27511ea66e6f>, 19. 9. 2022.

Prilikom donošenja ove odluke sučeljivala su se dva lobija: lobi osiguravača i lobi, prvenstveno, udruženja električnih bicikli, koji su smatrali da će nametanje obaveze osiguranja umanjiti atraktivnost električnih bicikli, koje su tek počele da dobijaju na popularnosti.

Posledica ove odluke jeste da je državama članicama ostavljeno na slobodu da odluče da li će propisati kao obavezno osiguranje od autoodgovornosti električnih trotineta. Uporednopravna analiza je pokazala da su se neke države članice ipak odlučile za obavezno osiguranje od autoodgovornosti, a u prvom redu Francuska, Nemačka, Holandija i Belgija.⁵⁴

Da je ključna uloga prakse i postupanje u konkretnim okolnostima u ovoj oblasti, svedoči i način na koji policijski organi u Republici Srbiji postupaju kada se dogode saobraćajne nezgode koje uključuju električne trotinete. Trenutno se lica koja upravljaju električnim trotinetima od strane policije tretiraju kao pešaci, kao što je slučaj sa vozačima rolera i skejtborda. Kada dođe do saobraćajne nezgode u kojima učestvuju električni trotineta koji nanose štetu ili pešacima ili čak automobilima, u policijskim izveštajima se beleži da je svakako reč o nezgodi sa učešćem pešaka. Trenutno još ne postoji sudska praksa u vezi sa ovakvim saobraćajnim nezgodama, tako da ostaje da se vidi da li će sudski organi preinačiti kvalifikaciju iz policijskih izveštaja. Ovakav stav policijskih organa možda se može delimično objasniti nekom vrstom zajedničkog pravnog nasleđa i načina rezonovanja zakonodavnih i sudskih organa, jer je uporednopravna analiza pokazala da se vozači električnih trotineta i u Hrvatskoj isto smatraju pešacima, što je potvrđeno odlukom Vrhovnog suda Hrvatske.⁵⁵

Dakle, srpsko zakonodavstvo jasno daje prostor da se električni trotinet obavezno osigura, jer obaveza zaključivanja ugovora o osiguranju od autoodgovornosti je vezana za samo postojanje motornog vozila.⁵⁶ Problem je jedino što ne postoji svest ni građana da treba da se osiguraju od odgovornosti za štetu koju mogu da nanose trećim licima prilikom upotrebe električnih trotineta niti policije koja ne kontroliše da li su trotineta osigurani. Koliko je niska svest o značaju ovog pitanja, svedoči i činjenica da su sva pravila o upotrebi električnih trotineta na nivou preporuke i apela policije. Tako je, između ostalog, sad na snazi apel da se električni

⁵⁴ § 2 Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr, BGB I S. 756; Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure, *Personal Communication of 8th of August 2019 and 31st of January 2020*; Ministry of Infrastructure and Water Management, *Personal Communication of 28 October 2019 and 28 January 2020*; Decree of 23 October 2019 and Ministry for the Ecological and Inclusive Transition, *Personal Communication of 7 December 2019*.

⁵⁵ I. Smiljanić, D. Smiljanić, op. cit., 29.

⁵⁶ Dakle, i vlasnik motornog vozila koje mora da se registruje i vlasnik vozila čije motorno vozilo po zakonu ne mora da se registruje u obavezi su da zakluče ugovor o osiguranju od autoodgovornosti, dok god je ono uključeno u saobraćaj: čl. 20, st. 2 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

trotineta ne voze kolovozom, već trotoarom i biciklističkim stazama, uz poštovanje ostalih učesnika u saobraćaju. Takav odnos stvara kod lica koja upotrebljavaju električne trotinete sliku da nemaju obavezu zaključivanja ugovora o osiguranju od autoodgovornosti, iako stavljanje u saobraćaj motornog vozila za koje nije zaključen ugovor o obaveznom osiguranju, predstavlja prekršaj.

ZAKLJUČAK

Predstavljena analiza zakonskih propisa u Republici Srbiji jasno je pokazala da propise Republike Srbije nije potrebno menjati da bi električni trotineta bili percipirani kao motorna vozila. U vezi sa tim ne postoji niti pravna praznina u našim zakonima niti kakva nedoumice. Iako se sistemskim tumačenjem može zaključiti da je reč o motornim vozilima koja ne zahtevaju registraciju, to ne znači da ne postoji obaveza zaključivanja osiguranja od autoodgovornosti. Brojni primeri iz prakse su pokazali da je upotreba električnih trotineta rizična, kako po pešake, tako i po druge učesnike u saobraćaju, što zahteva uspostavljanje sistema odgovornosti za zaštitu interesa oštećenih lica, koja u takvim saobraćajnim nezgodama mogu pretrpeti i materijalnu štetu i telesne povrede. Neosporna socijalna funkcija osiguranja od autoodgovornosti omogućava da se oštećenom licu zasigurno obezbedi naknada štete. Problem se dodatno usložnjava jer se često može desiti da štetnik pobezne sa lica mesta, što oštećenom licu isključuje svaku mogućnost da se naknadi od njega. Postojanje obaveznog osiguranja od autoodgovornosti otvorilo bi za oštećeno lice mogućnost da se naknadi od garantnog fonda u skladu sa pravilima o naknadi štete koja je prouzrokovana nepoznatim vozilom. Uvođenjem ovog osiguranja kao obaveznog bi se ujednačili i minimalni iznosi pokrića koja bi štetna lica mogla da ostvare. Takođe, na taj način bi se izbeglo pokretanje sudskih postupaka kojih će zasigurno sve više biti, jer bi oštećeno lice imalo mogućnost da se neposredno obrati osiguravaču štetnika. Kako svrha ovog osiguranja nije uspostavljanje sistema u kome štetnik ne bi odgovarao, nakon regulisanja štete oštećenog lica, stupila bi na snagu pravila o subrogaciji i regresu, kojima se regulišu odnosi između osiguravača i osiguranika štetnika.

Dakle, sledeći korak bi svakako moralo da bude podizanje svesti građana o obavezi i potrebi zaključivanja ugovora o osiguranju o autoodgovornosti, na šta su i zakonski obavezani. To je moguće postići samo uz podršku policijskih organa. Glasovi da bi insistiranje na obaveznom osiguranju od autoodgovornosti bilo preveliko finansijsko opterećenje, koje bi umanjilo atraktivnost ovog prevoznog sredstva, nisu toliko osnovani, jer primeri iz uporednog prava pokazuju da se ti iznosi za premije kreću oko svega 30 evra na godišnjem nivou.

Dr. MIRJANA GLINTIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

COMPULSORY MOTOR LIABILITY INSURANCE FOR ELECTRIC SCOOTERS AS A PREREQUISITE OF PROTECTION OF THIRD PARTIES

Summary

The author analyzes the legal possibilities for concluding a compulsory motor liability insurance for electric scooters. Since the necessary precondition of the insurer's obligation according to motor liability insurance is that the damage has occurred a result of the use of a motor vehicle, the author devotes the central part of the paper to the analysis of the modalities of defining a motor vehicle in EU and Serbian law, as well as to the question whether electric scooters may fall under the legal regime provided for motor vehicles. Positive legal and comparative legal analysis signaled that the approach of the Serbian legislator is such that electric scooters may be perceived as motor vehicles. However, case law and practice of police officials regarding traffic accidents involving electric scooters clearly indicate that they do not share the author's position. In the final part of the paper, the author presents arguments in favor of introducing mandatory motor liability insurance for electric scooters and concludes that this hybrid system based on elements of insurance and tort liability, would make it very unlikely to avoid liability for damage caused to third parties.

Key words: insurance contract, motor liability insurance, electric scooter, motor vehicle

Literatura

- Allem J. P., Majmundar, A., „Are Electric Scooters Promoted on Social Media with Safety in Mind? A Case Study on Bird's Instagram“, *Preventive Medicine Reports*, No. 13, 2018.
- Bussani M., Infantino M., „Tort Law and Legal Cultures“, *The American Journal of Comparative Law*, No. 1, 2015.
- Chatzipanagiotis M., Leloudas G., „Automated Vehicles and third-party liability: a European perspective“, *University of Illinois Journal of Law*, No. 1, 2020.
- Copeland D., „Electric Scooters: A New Frontier in Transportation and Products Liability“, *Richmond Journal of Law & Technology*, No. 2, 2020.
- Ćeranić Perišić J., „Pravni okvir saradnje između Švajcarske i Evropske unije“, *Uvod u pravo Švajcarske* (ur. Oliver Nikolić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2018.
- Čolović V., „Naknada štete po osnovu osiguranja od odgovornosti – ranije i sadašnje regulisanje u zakonodavstvu Srbije“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđivanje potraživanja* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2010.
- Davey J., „A Compulsory Diet of Chickens and Eggs: The EU Motor Insurance Directives as a Shadow Tort Regime“, *Research Handbook on EU Tort Law* (ed. P. Gilker), Bristol, 2017.
- Ernst W., „General Introduction: Legal Change? Railway and car accidents and How the Law Coped with Them“, *The Development Of Traffic Liability* (ed. W. Ernst), Cambridge, 2010.

- Faure M., „Compulsory Liability Insurance: Economic Perspectives“, *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective* (ed. A. Fenyves et al.), Berlin, Boston, 2016.
- Glantić M., „Uspostavljanje 29. pravnog režima za ugovorno pravo osiguranja kao uslov funkcionisanja unutrašnjeg evropskog tržišta“, *Pravni život*, br. 12, 2015.
- Glantić M., „Ograničenja izbora Načela ugovornog prava reosiguranja kao merodavnog prava“, *Pravni život*, br. 11, 2019.
- Halliday S., Ilan J., Scott C., „Street-Level Tort Law: The Bureaucratic Justice of Liability Decision-Making“, *The Modern Law Review*, No. 3, 2012.
- Íñiguez J., Íñiguez-de-la-Torre A., „Human-Powered Vehicles – Aerodynamics of Cycling“, *Applied Aerodynamics* (eds. Jorge Colman Lerner, Ulfilas Boldes), London, 2012.
- Khan R., „Electric Scooters: Last-Mile Mobility, Thrill Rides, Public Nuisance or Hazard“, *Forbes*, 2018.
- Marson J., Hasan, A., Ferris, K., „Resolving the Inconsistency Between National and EU Motor Insurance Law. Was Factortame the Solution Nobody Sought?“, *German Law Journal*, No. 22, 2021.
- Matijević B., „Croquis pojma 'upotreba vozila' u osiguranju od automobilske odgovornosti kroz praksu Suda Evropske unije“, *Strani pravni život*, br. 3, 2019.
- Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K., *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Savremena administracija, Beograd, 2014.
- Nikolaj S., Blomberg F., „Injury from electric scooters in Copenhagen: a retrospective cohort study“, *BMJ Open*, 2019.
- Patti F., „The European Road to autonomous vehicles“, *Fordham International Law Journal*, No. 1, 2019.
- Radovanović M., „Pojam upotrebe motornog vozila u slovenačkoj sudskoj praksi“, *Strani pravni život*, br. 1, 2018.
- Smiljanić I., Smiljanić, D., „Zakonska definisanost trotineta na sopstveni pogon kao prevoznog sredstva u Republici Srbiji“, *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije „Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje“* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Valjevo, 2022.
- Sokolowski M., „Laws and Policies on Electric Scooters in the European Union: A Ride to the Micromobility Directive“, *European Energy and Environmental Law Review*, 2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

GARANTNI FOND I NAMERNO PROUZROKOVANA ŠTETA

Pojam upotreba motornog vozila ima veliki značaj za pravo osiguranja i za garantni fond. Oštećeni, po pravilima o obaveznom osiguranju u saobraćaju i po odredbama o garantnom fondu, može imati pravo na naknadu štete samo ako je šteta prouzrokovana upotrebom motornog vozila. Određivanje značenja ovog pojma u nekim situacijama predstavlja izazov za pravnu teoriju i sudsku praksu. Među takve situacije spada i slučaj kada je šteta namerno prouzrokovana motornim vozilom. Ovaj rad pokušava da odgovori na pitanje da li oštećeni ima pravo na naknadu štete iz sredstava garantnog fonda, u slučaju kada je šteta neosiguranim motornim vozilom prouzrokovana namerno. Autor je pri traženju odgovora analizirao domaću sudsku praksu, ali i praksu i zakonska rešenja iz uporednog prava. Takođe je primenjeno i sistemsko tumačenje. Pravne norme o garantnom fondu posmatrane su kao deo šire celine – sistema normi o osiguranju u saobraćaju. Autor je u zaključku zauzeo stav da šteta koja je neosiguranim vozilom namerno prouzrokovana, može biti nadoknađena iz sredstava garantnog fonda.

Ključne reči: osiguranje od autoodgovornosti, upotreba motornog vozila, garantni fond, namerno prouzrokovana šteta

U V O D

Garantni fond, kao pravni institut, treba da obezbedi punu zaštitu oštećenih lica onda kada to obavezno osiguranje od odgovornosti za štetu prouzrokovanu

Dr Miloš Radovanović, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, Regionalni kontrolor naplate u Scania Leasing RS d. o. o., e-mail: milos@radovanovic.biz.

motornim vozilom ne omogućava.¹ Uloga garantnog fonda u osiguranju od autoodgovornosti jeste naknada štete: kada saobraćajnu nezgodu prouzrokuje neosigurano motorno vozilo, kada saobraćajnu nezgodu prouzrokuje nepoznato motorno vozilo i kada saobraćajnu nezgodu prouzrokuje motorno vozilo koje je bilo osigurano kod osiguravajućeg društva nad kojim je otvoren stečaj.² Domaće pravo predviđa da u tri navedena slučaja postoji osnov da oštećeni naplati naknadu štete iz sredstava garantnog fonda.³ Najčešći osnov za uspostavljanje odgovornosti garantnog fonda jeste prouzrokovanje štete neosiguranim motornim vozilom.⁴

Garantni fond je sličan obaveznom osiguranju u saobraćaju.⁵ Šteta se naknđuje u istom obimu i prema istim uslovima kao da je, na dan nastanka nezgode, bio zaključen ugovor o obaveznom osiguranju od odgovornosti.⁶

Da bi oštećeno lice imalo pravo na naknadu štete po propisima o osiguranju u saobraćaju, do nastupanja štete mora doći usled upotrebe motornog vozila.⁷ Uslov delovanja osiguranja od autoodgovornosti, pa samim tim i garantnog fonda, jeste nastanak štete usled upotrebe motornog vozila. Pojam upotrebe motornog vozila zbog toga je značajan i za garantni fond. Međutim, opseg ovog pojma veoma je sporan. Strana pravna teorija smatra da je veoma teško odrediti šta se sve tačno

¹ Predrag Šulejić, „Garantni fond u novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju“, *Pravni život*, br. 10, 2004, Beograd, 2004, 933.

² Vladimir Čolović, *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte)*, Dosije, Beograd, 2007, 43.

³ V. čl. 99, 104–106 Zakona o osiguranju imovine i lica – ZOIL, *Službeni list SRJ*, br. 30/1996, 53/1999, 55/1999, i *Službeni glasnik RS*, br. 55/2004, 70/2004 i čl. 76, 91–93 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju – ZOOS, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012, 7/2013.

⁴ Prema podacima iz Pregleda broja prijavljenih rešenih i nerešenih predmeta Udruženja osiguravača Srbije za 2018. godinu, i prema podacima iz Pregleda broja prijavljenih rešenih i nerešenih predmeta Udruženja osiguravača Srbije za 2019. godinu, oštećena lica najčešće podnose zahteve radi naknade štete prouzrokovane neosiguranim motornim vozilom. Ređe oštećeni traže naknadu štete prouzrokovane nepoznatim motornim vozilom. U toku 2018. i 2019. godine, oštećeni su najređe podnosili zahteve za naknadu štete prouzrokovane vozilom koje je od autoodgovornosti bilo osigurano kod osiguravajućeg društva nad kojim je otvoren stečaj.

⁵ Zdravko Petrović, Veljko Knežević, *Naknada štete nastale u saobraćajnoj nezgodi*, Glosarium, Beograd, 2009, 63.

⁶ Nataša Petrović Tomić, *Pravo osiguranja – Sistem, Knjiga I*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2019, 587.

⁷ Vladimir Čolović, „Naknada štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti – ranije i sadašnje regulisanje u zakonodavstvu Srbije“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (ur. Zdravko Petrović), Udruženje za odštetno pravo, Beograd, 2010, 12.

podrazumeva pod upotrebom motornog vozila.⁸ Određivanje značenja ovog pojma u graničnim slučajevima predstavlja izazov za pravnu teoriju i sudsku praksu. Među ovakve granične slučajeve spadaju i slučajevi kada je šteta motornim vozilom prouzrokovana namerno.

DEFINICIJA POJMA UPOTREBA MOTORNOG VOZILA U PROPISIMA

Pozitivno pravo Evropske unije o obaveznom osiguranju od odgovornosti za štetu prouzrokovanu motornim vozilom sadržano je u Direktivi 2009/103/EU o osiguranju od odgovornosti usled upotrebe motornih vozila i izvršenju obaveze osiguranja od te odgovornosti, *Official Journal of European Union*, L 263/11 (dalje: Konsolidovana direktiva).⁹ Konsolidovana direktiva, isto kao i prethodno važeća Direktiva Saveta 72/166/EEZ od 24. aprila 1972. godine o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanske odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila, *Official Journal of the European Communities*, L 103/72 (dalje: Prva direktiva), obavezuje države članice da propišu obavezu osiguranja od odgovornosti za štetu prouzrokovanu upotrebom motornog vozila.¹⁰ Pedesetak godina je prošlo od kada je Prva direktiva u komunitarno pravo uvela obavezno osiguranje od odgovornosti za štetu prouzrokovanu upotrebom motornog vozila. Međutim, još uvek postoji nesigurnost prilikom tumačenja ovog pravnog pojma.¹¹ Ipak, pravo Evropske unije ne prepušta državama članicama da same odrede značenje ovog pravnog standarda, tj. da odrede šta se smatra upotrebom motornog vozila.¹²

U Evropskoj uniji, pod uticajem prakse Suda pravde Evropske unije, učinjeni su određeni napori kako bi pojam upotreba motornog vozila bio definisan u komunitarnom propisu. Evropska komisija predložila je 2018. godine izmene

⁸ John Birds, *Birds Modern Insurance Law*, VIII izdanje, Sweet & Maxwell, London, 2010, 398.

⁹ Marijan Ćurković, *Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2013, 18.

¹⁰ Čl. 3 st. 1 Konsolidovane direktive i čl. 3 st. 1 Prve direktive.

¹¹ Željka Primorac, „Normal Function of a Vehicle as a Means of Transport or Machine for Carrying Out Work in Motor Third Party Liability Insurance with Special Regard to the Latest Rulings of the Court of Justice of the European Union“, *EU Law in Context – Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement* (ur. Dunja Dujčić, Tunjica Petrašević), Sveučilište Josip Juraja Štrosmajer u Osijeku – Pravni fakultet, Osijek, 2018, 249.

¹² Sud pravde Evropske unije, presuda C-162/13 od 4. septembra 2014. godine, doneta u predmetu *Damijan Vnuk v. osiguravajućeg društva Triglav*, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0162&lang1=en&lang2=HR&type=TEXT&ancre=>, 15. 12. 2017, tač. 41.

Konsolidovane direktive. Po tom predlogu u Konsolidovanu direktivu trebalo bi dodati odredbu koja definiše pojam upotreba motornog vozila. Po predloženoj definiciji „upotreba motornog vozila jeste svaka upotreba vozila, koje je namenjeno da se uobičajeno upotrebljava kao prevozno sredstvo, koja je u skladu s uobičajenom funkcijom tog vozila“.¹³

Implementacija citirane definicije u pravo Republike Srbije, približilo bi naš pravni sistem i komunitarne evropske propise. Ipak, na osnovu te definicije i dalje ne bi bilo lako odrediti da li šteta koja je motornim vozilom prouzrokovana namerno, predstavlja štetu za koju odgovara garantni fond. Usklađivanje domaćeg prava sa najnovijim pravnim tekovinama Evropske unije ne bi odjednom rešilo sve probleme sa kojima se suočava domaća sudska praksa.

Zakoni Republike Hrvatske pokušali su da na specifičan način odrede značenje pojma upotrebe motornog vozila. Zakon o obveznim osiguranjima u prometu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 151/2005, 36/2009, 75/2009, 76/2013, 152/2014, ne sadrži definiciju ovog pojma. Hrvatski zakonodavac pokušao je da u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, preko termina korišćenje i pogon, odredi šta se smatra upotrebom motornog vozila. Po ovom zakonu „motorno vozilo je u pogonu kada se koristi u svrhu kojoj je namenjeno, bez obzira radi li pri tome motor koji služi za njegovo kretanje.“¹⁴ Upotreba i korišćenje nesumnjivo jesu sinonimi. „Pogon motornog vozila podrazumeva njegovu upotrebu, odnosno korišćenje, i to u skladu sa njegovom namenom, bez obzira radi li pri tome motor koji služi za njegovo kretanje.“¹⁵

Pojam pogon motornog vozila nije definisan u propisu (jasno je samo da motor može, ali ne i da mora biti uključen da bi se smatralo da je vozilo u pogonu). Definisavanje upotrebe motornog vozila, preko pojma pogon motornog vozila i korišćenje motornog vozila, jeste definisanje *obscurum per obscurius*. Značenje jednog neodređenog pojma – upotreba motornog vozila, određuje se pomoću drugog pojma koji takođe nije određen – pogon motornog vozila. Drugi pojam – pogon motornog

¹³ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/103/EC of the European Parliament and the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and the enforcement of the obligation to ensure against such liability*, objavljeno 24. maja 2018. godine u Briselu, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0336&from=EN>, 28. 11. 2020. (dalje: Predlog izmena Konsolidovane direktive), 4–5,13,16.

¹⁴ Čl. 1068, st. 3 hrvatskog Zakona o obveznim odnosima.

¹⁵ Maja Bukovac Puvača, *Obvezno pravo posebni dio II – izvanugovorni obvezni odnosi* (ur. Maja Bukovac Puvača, Zvonimir Slakoper, Loris Belanić), Novi informator, Zagreb, 2015, 148.

vozila, zatim se definiše preko termina korišćenje, koji je samo sinonim za označavanje prvog pojma – upotreba motornog vozila. Ovakvo definisanje može nas dovesti do apsurdnog zaključka da pogon motornog vozila „jeste stanje koje je protivno mirovanju, ali koje se ni pošto ne može izjednačiti sa kretanjem.“¹⁶ Zakonodavac Republike Srbije ne bi trebalo da postupi kao što je postupio hrvatski zakonodavac i hrvatsku definiciju pojma upotreba motornog vozila, ne bi trebalo da prenesemo u srpski pravni sistem.

Kritikovana definicija iz propisa Republike Hrvatske, bez obzira na njene očigledne nedostatke, ima i određene korisne elemente. Ona pojam upotrebe motornog vozila, povezuje sa njegovom svrhom. Smatra se da postoji upotreba motornog vozila kada se vozilo upotrebljava za svrhu za koju je namenjeno. Svrha motornog vozila nesumnjivo jeste prevoz lica i stvari i vuča priključnog vozila. Kada se vozilo upotrebljava u cilju prevoza, odnosno vuče priključnog vozila, postoji upotreba motornog vozila. Ako prilikom takve upotrebe dođe do štete, šteta će biti pokrivena osiguranjem od autoodgovornosti, a ako vozilo nije osigurano, oštećeni će imati pravo na naknadu štete iz sredstava garantnog fonda.

Pojam upotrebe motornog vozila u domaćim propisima neodređen je na isti način kao u Prvoj i Konsolidovanoj direktivi. Pravna teorija ocenila je da je dobro što zakonodavac ne određuje kada se smatra da je motorno vozilo u upotrebi.¹⁷ Konstatacija profesora Ivica Jankoveca da zakonska definicija ovog pojma, bez obzira na to koliko bi bila široka nikada ne bi mogla da bude potpuna,¹⁸ izgleda ispravno.

Po vladajućem shvatanju u domaćoj nauci, smatra se da pitanje da li je šteta nastala usled upotrebe motornog vozila, jeste faktičko pitanje.¹⁹ Međutim, bez obzira na značaj autora koji zastupaju ovo stanovište, sa njim se ne možemo složiti. Pitanje da li je ovaj standard ispunjen nije isključivo činjenično pitanje. Pitanje da li se određene faktičke radnje učinjene sa vozilom mogu podvesti pod upotrebu motornog vozila u smislu propisa o osiguranju, jeste pitanje pravne kvalifikacije. Upotreba motornog vozila jeste pravni standard.²⁰ Da li je ovaj standard ispunjen

¹⁶ M. Ćurković, op. cit., 94.

¹⁷ N. Petrović Tomić, op. cit., 544.

¹⁸ Ivica Jankovec, *Zakon o osiguranju imovine i lica – Komentar* (Predrag Šulejić, Ivica Jankovec, Dobrosav Ogrizović, Branko Rajičić), Dunav preving, Beograd, 1996, 177.

¹⁹ V. P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, V izdanje, Dosije, Beograd, 2005, 441, i N. Petrović Tomić, op. cit., 544.

²⁰ Gordana Ristin, Tjaša Krobar, Sergej Simoniti, *Zakon o obveznih zavarovanja v prometu (ZOZP) s komentarjem*, Slovensko zavarovalno združenje, Ljubljana, 2008, 106.

ili ne, jeste pravno, a ne činjenično pitanje. Sud pravde Evropske unije, kao pravno pitanje postavljeno od strane nacionalnih sudova, više puta je razmatrao da li se pri određenim činjenicama smatra da je došlo do upotrebe motornog vozila.²¹ Postupanje Suda pravde ukazuje na to da je reč o pravnom, a ne o činjeničnom pitanju.

Upotreba motornog vozila u našem sistemu, kao i u pravnom sistemu Evropske unije, jeste pravni standard. Opšte pravne norme nekada se ne mogu jezički razumeti. Zato je tumačenje opštih odredaba manje otkrivanje, a više formiranje njihovog značenja.²² Značenje pojma upotreba motornog vozila formira se kroz sudsku praksu. Zbog toga ćemo analizom sudske prakse mnogo jasnije odrediti šta se podrazumeva pod upotrebom motornog vozila, nego samim čitanjem domaćih i inostranih propisa. Ipak, definicije iz uporednog prava ne treba izgubiti iz vida prilikom određivanja značenja pojma upotreba motornog vozila. Naročito treba imati u vidu da je pojam upotrebe motornog vozila tesno povezan sa uobičajenom funkcijom vozila kao prevoznog sredstva.

NAMERNO PROUZROKOVANA ŠTETA U DOMAĆOJ SUDSKOJ PRAKSI

Krivična dela koja se čine motornim vozilom, uobičajeno su krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja. Međutim, motorno vozilo može biti sredstvo izvršenja i drugih krivičnih dela. Na primer Apelacioni sud u Kragujevcu potvrdio je jednu prvostepenu presudu kojom je učinilac osuđen za krivično delo ometanje službenog lica u vršenju službene radnje. Okrivljeni je kritičnom prilikom motornim vozilom policijskom službeniku naneo laku telesnu povredu.²³ Razni su načini na koje se motornim vozilom nekome namerno može prouzrokovati telesna povreda ili druga šteta.²⁴ Pitanje je da li oštećeni u ovakvim slučajevima može imati pravo na naknadu štete, razmatrala je sudska praksa Republike Srbije.

²¹ V. Berisav Matijević, „Croquis pojma upotreba vozila u osiguranju od automobilske odgovornosti kroz praksu suda Evropske unije“, *Strani pravni život*, br. 3, 2019, 139–146.

²² Saša Bovan, „Contra legem judiciranje – Pandorina kutija pravne hermeneutike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2012, 106.

²³ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 24/2019 od 26. februara 2019. godine.

²⁴ Npr. u Sjedinjenim Američkim Državama 2020. godine, tokom protesta povodom policijskog nasilja, dešavalo se da se protivnici protesta zaletu vozilom u ljude koji protestuju. V. Matthew Ormseth, James Queally, „Driver plows through Breonna Taylor protest in Hollywood, hitting at least one person“, *Los Angeles Times*, 24. septembar 2020. godine, <https://www.latimes.com/california/story/2020-09-24/breonna-taylor-hollywood-protest>, 29. 11. 2020. Slični događaji dešavali su se i u našoj zemlji. V., „Incident ispred Palate Srbije: Automobilom udario mladića, nosio ga 20 metara“, *Dnevni list Danas*, 15. februar 2022. godine, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/incident-ispred-palate-srbija-automobilom-udario-mladica-nosio-ga-20-metara>, 10. 9. 2022.

Domaći sudovi izjašnjavali su se o pravu na naknadu štete iz sredstava garantnog fonda, u slučaju kada je šteta prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom teška telesna povreda. U Beogradu u noći, posle ponoći između 2. i 3. novembra 2011. godine, u klubu „Molokini“, dve grupe mladića došle su u svađu zbog devojaka. Po izlasku iz kluba na ulicu, započeli su tuču. Jedan od mladića je zatim ušao u neosigurani automobil *Opel Astra* i automobilom udario M. K., mladića iz druge grupe. Udarac je bio takav da je izazvao prelom kostiju na levoj nozi oštećenog M. K.²⁵

M. K. je podneo tužbu protiv Udruženja osiguravača Srbije, radi naknade štete iz sredstava garantnog fonda. Treći osnovni sud u Beogradu, kao sud prvog stepena, odbio je tužbeni zahtev s obrazloženjem da se pri ovakvom činjeničnom stanju ne može smatrati da je do štete došlo upotrebom motornog vozila. Po shvaćanju prvostepenog suda „Udruženje osiguravača Srbije – garantni fond snosi odgovornost za naknadu štete koja nastane iz redovne upotrebe motornog vozila koje nije bilo osigurano od odgovornosti“. Treći osnovni sud u Beogradu zaključio je da šteta koja nastane kao direktna posledica krivičnog dela teška telesna povreda, ne može biti naknađena iz sredstava garantnog fonda pri Udruženju osiguravača Srbije.²⁶ Drugostepeni sud – Viši sud u Beogradu, prihvatio je citirane razloge prvostepenog suda. Viši sud je dodao još da vozilo *Opel Astra* „u konkretnom slučaju nije upotrebljeno kao prevozno sredstvo, već kao sredstvo izvršenja krivičnog dela teška telesna povreda“, zbog čega nisu ispunjeni uslovi za odgovornost Udruženja osiguravača Srbije – garantnog fonda.²⁷

Citirani razlozi, na kojima domaći sudovi zasnivaju svoju presudu donetu povodom događaja ispred kluba „Molokini“, deluju uverljivo. Međutim, sa njima se ipak ne možemo složiti. Jedan isti događaj može se podvesti pod odredbe različitih propisa iz raznih grana prava. Na primer nasilna smrt nekog lica može predstavljati i krivično delo ubistva u smislu krivičnog prava, i prouzrokovanje štete u smislu opštih pravila obligacionog prava, a i nastupanje osiguranog slučaja u smislu osiguranja od posledica nesrećnog slučaja. Te pravne kvalifikacije međusobno se ne isključuju.

Dilema da li se neki događaj može kvalifikovati kao krivično delo, ili kao nastupanje osiguranog slučaja u smislu prava osiguranja, jeste lažna dilema. Prilikom obrazlaganja presuda donetih „u slučaju Molokini“, naši sudovi zaključivali su kao da određeni događaj može imati samo jednu pravnu kvalifikaciju. Međutim, to nije

²⁵ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu K. 7986/2012 od 4. aprila 2013. godine.

²⁶ Presuda Trećeg osnovnog suda u Beogradu P. 2830/2014 od 6. jula 2015. godine.

²⁷ Presuda Višeg suda u Beogradu Gž. 13420/2015 od 1. juna 2017. godine.

logički utemeljeno. Okolnost da se jedna radnja može podvesti pod određenu odredbu krivičnog prava, ne znači da se ta ista radnja ne može podvesti pod neku odredbu građanskog prava, odnosno prava osiguranja. Činjenica da je u konkretnom slučaju izvršeno krivično delo teške telesne povrede, nije dovoljan razlog da zaključimo da nema upotrebe motornog vozila u smislu člana 18 ZOOS.

Logička greška koju su nehotice učinili beogradski sudovi, ne znači da odmah treba da zauzmemo stav koji je u potpunoj suprotnosti sa stavovima tih sudova. Ova logička greška jeste samo razlog da nastavimo s ispitivanjem. Potrebno je da primenimo druge metode, kako bismo razjasnili da li šteta, prouzrokovana namerno (npr. kao što je to bilo ispred kluba „Molokini“), može biti šteta za koju odgovara garantni fond.

NAMERNO PROUZROKOVANA ŠTETA U UPOREDNOM PRAVU

Stanovište domaćih sudova, zauzeto povodom događaja koji se odigrao ispred noćnog kluba „Molokini“, nije kompatibilan sa stavom koji prevladuje u uporednom pravu. Italijanski kasacioni sud u presudi broj 44165/09 od 18. novembra 2009. godine ocenio je da namerno prouzrokovanje štete, ne predstavlja činjenicu koja isključuje odgovornost osiguravača od autoodgovornosti, odnosno upotrebu motornog vozila.²⁸

Institucija koja u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Severne Irske, obavlja poslove ekonomske zaštite oštećenih usled upotrebe neosiguranih motornih vozila jeste *Motor Insurers' Bureau*.²⁹ Može se reći da je *Motor Insurers' Bureau* garantni fond u Velikoj Britaniji.³⁰ U engleskoj sudskoj praksi prihvaćeno je stanovište da za štetu koja je namerno prouzrokovana neosiguranim motornim vozilom, odgovara *Motor Insurers' Bureau*.

Dana 9. juna 2013. godine, na teritoriji engleskog okruga *Lincolnshire*, *Dennis Tindale*, vozač terenskog automobila marke *Nissan* tip *Terrano*, primetio je da se na njegovom pašnjaku nalaze njemu nepoznati muškarci. Pomislio je da sa stubova skidaju i krađu njegovu bodljikavu žicu. Zbog toga je ih je pojurio automobilom.

²⁸ Kasacioni sud Republike Italije (*Corte di Cassazione*), presuda 44165/09 od 18. novembra 2009. godine, <https://www.giudicedipace.it/sezionepenale/403-corte-di-cassazione-n-44165-09-circolazione-stradale-reato-di-tentato-omicidio-copertura-assicurativa-18-11-09.html>, 29. 11. 2020.

²⁹ Više o instituciji *Motor Insurers' Bureau* v. Miloš Radovanović, „*Motor Insurers' Bureau – Garantni fond u Ujedinjenom Kraljevstvu*“, *Strani pravni život*, br. 1, 2022, 153–166.

³⁰ Katy Ferris, James Marson, „Which is the Applicable Law in Recovery of Losses from an Uninsured Driver? *Moreno v The Motor Insurers' Bureau*“, *European Journal of Current Legal Issues*, br. 3, 2016, 2, <http://eprints.hud.ac.uk/id/eprint/29534/1/Moreno%20Case%20Note.pdf>, 17. 9. 2022.

Oni su peške bežali i sklanjali se. Sustigao je *Michael Laewis-a*, jednog od muškaraca za koga je sumnjao da mu krađe žicu sa ograde. Udarac automobilom teško je povredio *Michael Laewis-a*. S obzirom na to da za predmetni *Nissan Terrano* nije bio zaključen ugovor o obaveznom osiguranju od autoodgovornosti, povređeni je tražio da mu naknadu štete isplati *Motor Insurers' Bureau*. Nadležni drugostepeni apelacioni sud u Engleskoj ocenio je da je ovaj zahtev za naknadu štete osnovan. Odgovornost britanskog garantnog fonda u konkretnom slučaju utvrđena je uprkos činjenici da je šteta prouzrokovana namerno.³¹

Pravo Ujedinjenog Kraljevstva ipak ne smatra da šteta prouzrokovana motornim vozilom namerno, u baš svakom slučaju jeste šteta usled upotrebe motornog vozila. Na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva, tj. u Severnoj Irskoj, dešavali su se slučajevi kada je šteta prouzrokovana tako što su parkirani automobili korišćeni kao improvizovane eksplozivne naprave. Poslednji takav napad dogodio se u 20. januara 2019. godine.³² Pravo Ujedinjenog Kraljevstva, kao najupadljiviji primer u kome nema upotrebe motornog vozila u smislu propisa o osiguranju, navodi korišćenje automobila kao eksplozivne naprave („auto-bomba“). Ovo po britanskoj teoriji očigledno nije normalan način korišćenja vozila.³³

Shvatanje engleskog prava o ovom upadljivom primeru, slučaj „auto-bomba“, jeste očigledno osnovano. Automobili jesu prevozna, a ne minsko-eksplozivna sredstva. Oni nisu namenjeni da se u njih stavljaju eksplozivi i da se detoniraju. To je utemeljen razlog zbog koga ni osiguravač od autoodgovornosti, ni garantni fond, ne mogu biti dužni da naknade štetu prouzrokovanu namerno izazvanom eksplozijom automobila.

Dilema da li organizacija za isplatu naknade štete od neosiguranih vozila odgovara za štetu u slučaju kada je šteta prouzrokovana namerno, ne može da se javi u austrijskom, niti u Nemačkom pravu.

Udruženje austrijskih osiguravajućih društava (*Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs*) u Republici Austriji obavlja poslove garantnog fonda.³⁴ Austrijski zakon koji uređuje pravo na naknadu štete prouzrokovane neosiguranim motornim vozilom i nepoznatim motornim vozilom jeste Zakon o naknadi štete

³¹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), presuda B3/2018/2411 od 5. juna 2019. godine, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/909.html>, 29. 11. 2020.

³² *BBC News*, 20. januar 2022. godine, „Londonderry bomb: Four arrests over 'reckless' attack“, <https://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-46937061>, 17. 9. 2022.

³³ James Marson, Katy Ferris, „For the want of certainty: Vnuk, Juliana and Andrade and the obligation to insure“, *Modern Law Review*, br. 6, 2019, 11, <http://shura.shu.ac.uk/24782/3/Marson-ForWantCertainty%28AM%29.pdf>, 17. 9. 2022.

³⁴ Council of bureaux, <https://www.cobx.org/search-organisation?countryCode=AT>, 26. 7. 2020.

žrtvama saobraćajne nezgode (*Verkehrsoffer-Entschädigungsgesetz*) objavljen u službenom glasilu Republike Austrije – *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 37/2007 (dalje: Zakon o naknadi štete žrtvama saobraćajne nezgode).³⁵

Obavezno osiguranje od odgovornosti za štetu prouzrokovanu upotrebom motornog vozila u Nemačkoj, uređeno je Zakonom o obaveznom osiguranju vlasnika motornih vozila – Zakonom o obaveznom osiguranju (*Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter – Pflichtversicherungsgesetz*) (dalje: nemački ZOOS). Taj zakon donet je 1965, a poslednji put je menjan 2017. godine.³⁶

Osiguravači od autoodgovornosti u Republici Austriji i Saveznoj Republici Nemačkoj, ne odgovaraju za štetu koju vozači namerno prouzrokuju motornim vozilom. Oštećeni iz ovakvih nezgoda, odnosno namernih događaja, u Austriji i Nemačkoj ipak imaju mogućnost da brzo i lako dobiju naknadu štete. Udruženje austrijskih osiguravajućih društava, isto kao i nemački Garantni fond, po izričitoj zakonskoj odredbi odgovara za štetu koja motornim vozilima bude prouzrokovana namerno.³⁷

NAMERNO PROUZROKOVANA ŠTETA I SISTEMSKO TUMAČENJE

Domaće shvatanje da se namerno prouzrokovana šteta ne naknađuje iz sredstava garantnog fonda, na prvi pogled može delovati ispravno. Motorna vozila su prevozna sredstva. Njihova svrha je saobraćaj – prevoz lica i stvari. Ona nisu namenjena da se koriste radi izvršenja krivičnih dela, kao što su teška telesna povreda, ubistvo i terorizam. Zato može izgledati da u slučaju namerno prouzrokovane štete ipak nema upotrebe motornog vozila u smislu propisa o osiguranju, te da stoga ne može biti ni odgovornosti garatnog fonda.

Međutim, ne sme se izgubiti iz vida da su odredbe o garantnom fondu deo šire celine – sistema normi o osiguranju u saobraćaju. Odredbe o garantnom fondu ne mogu se izolovati od odredaba koje uređuju prava oštećenog lica prema osiguravaču od autoodgovornosti. Odredba o naknadi štete prouzrokovane neosiguranim motornim vozilom upućuje na pravila o naknadi u slučaju kada je šteta prouzrokovana uredno osiguranim vozilom. Šteta prouzrokovana vozilom čiji vlasnik nije zaključio ugovor o obaveznom osiguranju, naknađuje se iz sredstava garantnog fonda u istom

³⁵ Važeći tekst ovog zakona dostupan je na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20005369>, 24. 8. 2020.

³⁶ Važeći tekst ovog zakona dostupan je na: <https://www.gesetze-im-internet.de/pflvg/BJNR102130965.html>, 1. 9. 2020.

³⁷ V. § 4, st. 1, t. 4 austrijskog zakona o naknadi žrtvama saobraćajne nezgode i § 12, st. 1. t. 3 nemačkog ZOOS.

obimu i prema istim uslovima kao da je bio zaključen ugovor o osiguranju.³⁸ Odgovor na pitanje da li oštećeni ima pravo da iz sredstava garantnog fonda naknadi štetu koja mu je neosiguranim vozilom prouzrokovana namerno, zavisi od odgovora na pitanje da li oštećeni ima pravo da iz sredstava osiguravajućeg društva naknadi štetu koja mu je uredno osiguranim vozilom prouzrokovana namerno.

Činjenica da je šteta prouzrokovana namerno, u pravu osiguranja može biti od veoma velike važnosti. Međutim, po pravilima o obaveznom osiguranju motornih vozila, ta činjenica nema tako veliki značaj za oštećeno lice. Kod osiguranja od odgovornosti vlasnika motornog vozila, treba praviti razliku između određenih isključenja iz osiguranja i gubitka prava.³⁹ Slučajevi u kojima oštećeno lice nema pravo na naknadu štete (tj. isključenja) nabrojani su u čl. 21 ZOOS.⁴⁰ Slučajevi u kojima osiguranik gubi svoja prava iz osiguranja od autoodgovornosti nabrojani su u čl. 29 st. 1 ZOOS.⁴¹ Između ostalog, to je slučaj i kada je šteta prouzrokovana namerno. Gubitak prava iz osiguranja nema uticaj na pravo oštećenog lica na naknadu štete. Društvo za osiguranje, nakon što oštećenom licu naknadi štetu u slučaju kada je osiguranik izgubio prava iz osiguranja, stupa u prava oštećenog prema licu koje je odgovorno za štetu.⁴² Zahtev koji osiguravač ima prema svom osiguraniku, nakon što isplati štetu trećem oštećenom licu u slučaju gubitka prava iz osiguranja, naziva se regresni zahtev.⁴³

³⁸ Čl. 91, st. 1 ZOOS i čl. 104, st. 1 ZOIL.

³⁹ N. Petrović Tomić, op. cit., 563.

⁴⁰ Čl. 21 ZOOS propisuje da pravo na naknadu štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti nema: 1) vlasnik motornog vozila čijom upotrebom mu je prouzrokovana šteta, za štetu na stvarima; 2) vozač motornog vozila čijom mu je upotrebom prouzrokovana šteta; 3) lice koje je svojevremeno ušlo u motorno vozilo čijom mu je upotrebom prouzrokovana šteta, ako je znalo da je to vozilo protivpravno oduzeto; 4) lice koje je štetu pretrpelo upotrebom motornog vozila za vreme odobrenih auto-moto i karting takmičenja na zatvorenim stazama; 5) lice koje je štetu pretrpelo usled dejstva nuklearne energije tokom prevoza nuklearnog materijala, odnosno usled dejstva opasnog tereta tokom njegovog transporta; 6) lice koje je štetu pretrpelo usled vojnih operacija, vojnih manevara, pobuna ili terorističkih akcija.

⁴¹ Odredbom čl. 29, st. 1 ZOOS propisano je da osigurano lice gubi prava iz osiguranja: 1) ako vozač nije koristio vozilo u skladu sa njegovom namenom; 2) ako vozač nije imao odgovarajuću vozačku dozvolu, osim ako je vozilom upravljalo lice koje je kandidat za vozača tokom obuke; 3) ako je vozaču oduzeta vozačka dozvola ili je isključen iz saobraćaja ili mu je izrečena zaštitna mera ili mera bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom; 4) ako je vozač upravljao motornim vozilom pod dejstvom alkohola ili droga; 5) ako je vozač štetu prouzrokovao namerno; 6) ako je šteta nastala zbog toga što je motorno vozilo bilo tehnički neispravno, a ta je okolnost vozaču bila poznata; 7) ako je vozač posle saobraćajne nezgode napustio mesto događaja, a nije dao svoje lične podatke i podatke o osiguranju.

⁴² Čl. 29, st. 2. i 3 ZOOS.

⁴³ P. Šulejić, „Subrogacija i regres u zakonu i sudskoj praksi – pravni položaj garantnog fonda“, *Tokovi osiguranja*, br. 1, 2014, 18.

Pravila o gubitku prava iz osiguranja i regresu osiguravača prema osigurani-ku, nesumnjivo ukazuju na to da treće oštećeno lice prema osiguravaču od autoodgovornosti ima pravo na naknadu štete, čak i kada je šteta prouzrokovana namerno. Šteta prouzrokovana neosiguranim vozilom nadoknađuje se iz sredstava garantnog fonda pod istim uslovima pod kojima se iz sredstava osiguravača nadoknađuje šteta prouzrokovana osiguranim vozilom. Okolnost da je šteta prouzrokovana namerno, ne isključuje pravo oštećenog lica prema osiguravajućem društvu. Ta okolnost stoga ne isključuje ni pravo oštećenog lica na naknadu štete prema garantnom fondu.

Ipak, u slučajevima kada se motorno vozilo koristi radi prouzrokovanja štete na način koji se drastično razlikuje od uobičajenog načina korišćenja vozila, odgovornost garantnog fonda ne može se uspostaviti. Upotreba vozila kao improvizovane eksplozivne naprave nije uobičajeno ni tipično ponašanje njegovog imaoca. Naprotiv, takva upotreba vozila nikako se ne uklapa u društvene norme. Podmetanje eksplozije ili požara, očigledno nije radnja koja je u skladu sa uobičajenom funkcijom vozila kao prevoznog sredstva. Stoga sistemsko tumačenje, i pravilo da osiguravač ima pravo regresa u slučaju kada je šteta motornim vozilom prouzrokovana namerno, ne mogu proširiti odgovornost garantnog fonda i na najdrastičnije slučajeve u kojima očigledno nema upotrebe motornog vozila kao prevoznog sredstva.

ZAKLJUČAK

Domaća sudska praksa stoji na stanovištu da oštećeni, kome je štetnik neosiguranim vozilom štetu prouzrokovao namerno, nema pravo na naknadu štete iz sredstava garantnog fonda. Razlozi na kojima se zasnivaju presude donete povodom događaja ispred kluba „Molokini“, deluju uverljivo. Ipak, sa njihovom argumentacijom ne možemo se složiti.

Uporedni pravni sistemi ukazuju na to da bi trebalo odlučivati drugačije. Po italijanskoj i britanskoj sudskoj praksi, kao i po propisima Savezne Republike Nemačke i Republike Austrije, oštećeni ima pravo na naknadu štete iz sredstava garantnog fonda, čak i ako je neosiguranim vozilom šteta prouzrokovana namerno.

Sistemskim tumačenjem domaćeg ZOOS, u nekoliko logičkih koraka može se doći do zaključka da bi i po našem pravu oštećenom trebalo dati naknadu štete, čak i kada je šteta prouzrokovana s namerom. Osiguravajuće društvo, saglasno pravilu o regresu iz čl. 29 ZOOS, ima pravo da se regresira od svog osigurani-ka u slučaju kada je šteta prouzrokovana namerno. S obzirom na ovo pravilo, očigledno je da oštećeni ima pravo na naknadu štete od osiguravača od autoodgovornosti, iako je šteta prouzrokovana namernom upotrebom motornog vozila. Činjenica da je šteta

prouzrokovana namerno, ne isključuje pravo na naknadu štete od osiguravača od autoodgovornosti. Garantni fond štetu nadoknađuje pod istim uslovima kao da je vozilo bilo osigurano od autoodgovornosti. Stoga okolnost da je šteta prouzrokovana namerno ne isključuje ni odgovornost garantnog fonda. Oštećeni može imati pravo da iz sredstava garantnog fonda naknadi namerno prouzrokovanu štetu.

Dr. MILOŠ RADOVANOVIĆ

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade
Regional Collection Controller in Scania Leasing RS

GUARANTEE FUND AND DAMAGE CAUSED ON PURPOSE

Summary

Notion of use of motor vehicle has significant importance for insurance law and for guarantee fund. The injured party, according to the regulations on compulsory traffic insurance and provisions regulating guarantee fund, may be entitled on compensation of a damage only if a damage is caused by use of motor vehicle. Defining of this notion in certain situations is a challenge for legal theory and court practice. Among such situations are cases when the damage is caused by the motor vehicle on purpose. This paper tries to provide an answer on question does the injured party may compensate damage from the guarantee fund, if the damage is caused on purpose by uninsured motor vehicle. In order to provide the answer, author has analysed domestic case-law, as well as comparative case-law and regulations. Also, systematic approach in interpretation of law has been applied. Legal norms on guarantee fond were reviewed in broader manner – as a part of system of norms on traffic insurance. In concluding part of the paper, author stands on a viewpoint that damage caused on purpose by uninsured motor vehicle, may be compensate from guarantee fund.

Key words: motor liability insurance, use of motor vehicle, guarantee fund, damage caused on purpose

Literatura

- Birds J., *Birds Modern Insurance Law*, VIII izdanje, Sweet & Maxwell, London, 2010.
- Bovan S., „Contra legem judiciranje – Pandorina kutija pravne hermeneutike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2012.
- Bukovac Puvača M., *Obvezno pravo posebni dio II – izvanugovorni obvezni odnosi* (ur. M. Bukovac Puvača, Z. Slakoper, L. Belanić), Novi informator, Zagreb, 2015.
- Čurković M., *Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2013.
- Čolović V., *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte)*, Dosije, Beograd, 2007.

- Čolović V., „Naknada štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti – ranije i sadašnje regulisanje u zakonodavstvu Srbije“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (ur. Z. Petrović), Udruženje za odštetno pravo, Beograd, 2010.
- Ferris K., Marson J., „Which is the Applicable Law in Recovery of Losses from an Uninsured Driver? *Moreno v The Motor Insurers’ Bureau*“, *European Journal of Current Legal Issues*, br. 3, 2016.
- Matijević B., „Croquis pojma upotreba vozila u osiguranju od automobilske odgovornosti kroz praksu suda Evropske unije“, *Strani pravni život*, br. 3, Beograd, 2019.
- Marson J., Ferris, K., „For the want of certainty: *Vnuk, Juliana and Andrade* and the obligation to insure“, *Modern Law Review*, No. 6, 2019.
- Petrović Z., Knežević, V., *Naknada štete nastale u saobraćajnoj nezgodi*, Glosarijum, Beograd, 2009.
- Petrović Tomić N., *Pravo osiguranja – Sistem, Knjiga I*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Primorac Ž., „Normal Function of a Vehicle as a Means of Transport or Machine for Carrying Out Work in Motor Third Party Liability Insurance with Special Regard to the Latest Rulings of the Court of Justice of the European Union“, *EU Law in Context – Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement* (ur. D. Đujić, T. Petrašević), Sveučilište Josip Juraja Štrosmajera u Osijeku – Pravni fakultet, Osijek, 2018.
- Radovanović M., „Motor Insurers’ Bureau – Garantni fond u Ujedinjenom Kraljevstvu“, *Strani pravni život*, br. 1, Beograd, 2022.
- Ristin G., Krobar, T., Simoniti, S., *Zakon o obveznih zavarovanja v prometu (ZOZP) s komentarjem*, Slovensko zavarovalno združenje, Ljubljana, 2008.
- Šulejić P., „Garantni fond u novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2004.
- Šulejić P., „Subrogacija i regres u zakonu i sudskoj praksi – pravni položaj garantnog fonda“, *Tokovi osiguranja*, br. 1, 2014.
- Šulejić P., *Pravo osiguranja*, V izdanje, Dosije, Beograd, 2005.
- Šulejić P., Jankovec I., Ogrizović D., Rajičić B., *Zakon o osiguranju imovine i lica – Komentar*, Dunav preving, Beograd, 1996.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

INTERNET OF THINGS AND INSURANCE SECTOR

The Internet of Things (IoT) technology encompasses a broad range of interrelated digital objects and internet-connected electronic devices with capability to connect, transmit, collect and share different types of data through a diversity of sensors. The exponential increase in the number and types of IoT connected devices and applications, both in terms of production and consumption, provides new opportunities and numerous risks to be managed across the businesses. The most significant risks posed by IoT and its various application include device-to-gateway security, potential risk of cyber-attacks and the costs associated with such incidents, risk of product liability, interoperability, lack of regular patches and updates for embedded software etc. The proliferation of IoT devices provides opportunities for the insurance industry to use data collected from smart devices to determine premiums more effectively, provide better products, to improve risk assessment and to connect directly and more frequently with clients. However, risks associated with the IoT technologies opens many issues related to insurance coverage for the data loss, data breaches or functionality of IoT devices.

In this paper we analyse risks of IoT technologies and insurance coverage issues raised by the IoT connected devices and products.

Keywords: IoT devices, data, consumers, risk, standardization, insurance coverage

INTRODUCTION

The IoT is interconnected network of heterogeneous devices which automatically communicate, collect, store and exchange data among devices, objects and individuals in computer aware environments and it can be located either

in a cloud or in a sophisticated machine.¹ Today, IoT innovative technologies become more ingrained in consumers' lives and the number of users who use them daily has increased in recent years.²

According to the web page <https://www.statista.com>, the number of installed base of IoT devices is forecast to grow to amount to 30.9 billion units worldwide by 2025.³ IoT growth prediction is a challenging task, but it is mainly attributed to the massive growth of low-cost devices, advancement of wireless networks, creation of new applications and the fact that it can deliver significant financial benefits to economy and many wider benefits to the companies in terms of ability to capture and assess data from those IoT devices that are linked.⁴

One of the main characteristics of a typical IoT systems that it can involve a large number of different devices and associated sensors modalities and, also, it involves multiple partners and collaborative ventures (e.g., manufacturers of smart products) who provide services and information.⁵ A large number of IoT devices, different configuration settings, proprietary software codes that install ad hoc patching (manual repairs) creates lack of IoT protocol interoperability and raises uncertainty about security and privacy of the data and the users or

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *The Internet of Things: Seizing the Benefits and Addressing the Challenges*, OECD Digital Economy Papers, No. 252, OECD Publishing, Paris, 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/5j1wvzz8td0n-en>, 01. 09. 2022; OECD, *The Next Production Revolution: Implications for Governments and Business*, OECD Publishing, Paris, 2017, <https://www.oecd.org/publications/the-next-production-revolution-9789264271036-en.htm>, 01. 09. 2022; Christiane Wendehorst, „Besitz und Eigentum im Internet der Dinge, *Verbraucherrecht 2.0 - Verbraucher in der digitalen Welt* (Hrsg. Hans-Wolfgang Micklitz, Lucia A. Reisch, Gesche Joost, Helga Zander-Hayat), Band 38, Nomos, Baden-Baden, 2017, 367 - 414.

² David J. Langley, Jennyvan Doorn, Irene C. L. Ng, Stefan Stieglitzd, Alexander Lazovik, Albert Boonstrab, “The Internet of Everything: Smart things and their impact on business models”, *Journal of Business Research*, Vol. 122, 2021, 853 - 854.

³ Statista 2022, *Internet of Things (IoT) and non-IoT active device connections worldwide from 2010 to 2025*, <https://www.statista.com/statistics/1101442/iot-number-of-connected-devices-worldwide/>, 01. 09. 2022.

⁴ Through the exploitation of IoT user data, the companies learn about who their consumers are and track detailed information about their patterns of behaviour or they can incorporate IoT data and utilize into their products and business operation.; Nadezhda Angelova, Gabriela Kiryakova, Lina Yordanova, “The great impact of internet of things on business”, *Trakia Journal of Sciences*, No. 1/2015, 406 - 412.

⁵ Jan Holler, Vlasios Tsiatsis, Catherine Mulligan, Stamatis Karnouskos, Stefan Avesand, David Boyle, “*From Machine-to-Machine to the Internet of Things Introduction to a New Age of Intelligence*”, Elsevier, 2014, 66.

intellectual property issues in case if IoT platform and component vendors are reluctant to share interface specifications.

There is uncertainty about liability allocation due to unclear contribution of IoT participants involve in IoT value chain, difficulties on how to classify certain IoT products or services (e.g., embedded or interconnected software), causal link between the damage and the defective product and lack of rules for ascertaining extra-contractual liability which protects consumers from damages caused by a defect in IoT devices or services.⁶

IoT technologies have changed business models in almost every industry including insurance sector.⁷ Insurers must understand the IoT risks on society and economy in order to find innovative solutions for their clients. This relates not only the changes in risk assessment methodology to calculate premium rates for clients, but also to develop innovative new products, open new distribution channels and extend role of insurance companies to include prediction, prevention, and assistance through the IoT.

In the following section, we will provide critical overview of IoT technologies and to highlight the insurance issues implicated by the IoT.

THE NOTION OF INTERNET OF THINGS TECHNOLOGIES

In general, the term IoT is referred to a global network of smart machines, devices, vehicles, and appliances based on artificial intelligence (AI) capable of interacting with each other and supply and exchange information on their own status to the network, and act on data, often without human intervention.⁸ The concept

⁶ Court cases (Ireland, 27 October 2016); *Helene Cahen et al v. Toyota Motor Corp.*, No. 3:15-cv-01104 (Northern District of California 10 March 2015); *Flynn v. FCA US LLC*, No. 3:15-cv-855 (US district court for the Southern district of Illinois, May 30, 2017); Gerhard Wagner, "Digitale Ordnungspolitik – Haftung und Verantwortung", *List Forum für Wirtschafts und Finanzpolitik*, 14 April 2022.

⁷ Deloitte, "Opting in: Using IoT connectivity to drive differentiation The Internet of Things in insurance", *A research report from the Deloitte Center for Financial Services*, 2 Jun 2016, <https://www2.deloitte.com/tr/en/pages/financial-services/articles/innovation-in-insurance-internet-of-things-iot.html>, 05. 09. 2022.

⁸ Ashvini Balte, Asmit Kashid, Balaji Madhavrao Patil, "Security Issues in Internet of Things (IoT): A Survey", *International Journal of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering*, No. 4/2015, 450-455; Katica Tomić, „Tehnologije internet (medicinskih) stvari i zaštita podataka u zdravstvenom sektoru”, *Pravni život*, No. 9/2018, 257; Branko Pavlović, „Uticaj Internet inteligentnih uređaja na moderne trendove u osiguranju”, *31. Meeting of insurers and reinsurers*, Sarajevo, 2020. <https://brankopavlovic.rs/documentation/sors2020.pdf>, 05. 09. 2022.

of IoT is broad and complex in scope and involves many systems, disciplines,⁹ complementary technologies¹⁰ and protocols.

The IoT enables the creation of a complex and interlinked network of connected objects which are exploited and used in many contexts, from industrial purposes to private uses.¹¹ One of the general and key characteristics of IoT technology is that continuously processing data which are generated through the consumer's use of the IoT devices.¹²

There is a range of definitions for IoT technologies set by academicians, researchers, practitioners, innovators, developers and corporate people, but there are no unique and widely accepted definitions for this term agreed by the world community of users.¹³ Most IoT definitions emphasize different characteristics of this technology and focuses on connectivity, data, things (physical objects, sensors, devices, etc.), communication, automation, IoT ecosystem, AI, cognitive computing and Big data.

The concept of IoT has been pioneered by commercial companies and consumer markets in the 1990s, but at that time, the internet connection speed was too slow to facilitate IoT technologies.¹⁴ Numerous authors visualized the future

⁹ Shuang-Hua Yang, "Wireless Sensor Networks: Principles, Design and Applications", Springer, London, 2014, 247.

¹⁰ The IoT encompass a variety of innovative technologies such as artificial intelligence, blockchain, augmented reality technology and virtual reality. OECD, *Consumer product safety in the Internet of things*, No. 267, 2018. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/7c45fa66-en.pdf?expires=1664790739&id=id&acname=guest&checksum=1CEE942AA6B5BA876EE7825897A30DDE06>. 09. 2022.

¹¹ Amitabh Bhargava, Naveen Kumar, Guna Sekhar Sajja, Samrat Ray, "Industrial IoT and AI implementation in vehicular logistics and supply chain management for vehicle mediated transportation systems", *International Journal of System Assurance Engineering and Management*, No. 13/2022, 673-680; Sabina Jeschke, Christian Brecher, Tobias Meisen, Denis Özdemir, Tim Eschert, "Industrial Internet of Things and Cyber Manufacturing Systems", *Industrial Internet of Things and Cyber Manufacturing Systems* (ed. Sabina Jeschke, Christian Brecher, Houbing Song, Danda B. Rawat), Springer International Publishing, Switzerland, 2016, 3-19; Hugh Boyes, Bil Hallaq, Joe Cunningham, Tim Watson, "The industrial internet of things (IIoT): An analysis framework", *Computers in Industry*, 2018, 1-12.

¹² Nicola Fabiano, "Internet of Things and the Legal Issues related to the Data Protection Law according to the new European General Data Protection Regulation 2017", *Athens Journal of Law*, No. 3/2017, 201-214.

¹³ Somayya Madakam, R. Ramaswamy, Siddharth Tripathi, "Internet of Things (IoT): A Literature Review", *Journal of Computer and Communications*, No. 5/2015, 164-173.

¹⁴ Neha Sharma, Madhavi Shamkuwar, Inderjit Singh, "The History, Present and Future with IoT", *Internet of Things and Big Data Analytics for Smart Generation* (eds. Valentina E. Balas, Vijender Kumar Solanki, Raghvendra Kumar, Manju Khari), Springer, 2018, 27-51.

of IoT as a global interconnection and interworking of heterogeneous devices, systems and services.¹⁵ Kevin Ashton cofounder and former executive director of the MIT'sm Auto-ID Center is considered the "Inventor of IoT" because he used for the first time the IoT term in his presentation at Procter & Gamble (P&G) in 1999 to describe a system in which objects in the physical world could be connected seamlessly to the internet by sensors.¹⁶

American professor at MIT and the director of MIT's Center for Bitsmnn Neil Gershenfeld in his book "Things Start to Think" published in 1999, didn't use the IoT term but suggested that it may be possible that IoT will became revolutionary technology in manufacturing.¹⁷ What was once futuristic scenarios of internet connected object, connected or self-driving intelligent decision-making systems, is nowadays a reality.

In light of the IoT characteristics and their general usages in both the commercial and consumer worlds, there are clear distinctions between consumer and industrial IoT systems due to the specific requirements of the industrial world.

The industrial Internet of Things (IIoT) is made up of a multitude of devices connected by communications software and used in manufacturing and other industrial sectors (e.g., tank level sensor, motors, pumps).¹⁸ IIoT is for non-consumer use and IIoT devices must meet high industry standards (e.g., HazLoc certified), advanced security measures, interoperability, scalability, low latency requirements of some industrial applications, reliability, automation and serviceability. Moreover, IIoT devices must withstand the most demanding environments and to be sometimes subject to extreme temperature, corrosion, explosive, combustible environments etc.¹⁹

¹⁵ Jane K. Hart, Kirk Martinez, "Toward an environmental Internet of Things", *Earth and Space Science*, No. 5/2015, 194-200, <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/2014EA000044>, 10. 09. 2022.

¹⁶ Arup Kumar Chattopadhyay, Amitava Nag, Debalina Ghosh, Koustav Chanda, "A Secure Framework for IoT-Based Healthcare System", *Proceedings of International Ethical Hacking Conference* (eds. Mohuya Chakraborty, Satyajit Chakrabarti, Valentina Emilia Balas, J. K. Mandal), Springer Singapore, 2018, 383-393.

¹⁷ Neil Gershenfeld, *When Things Start to Think*, Henry Holt and Company, New York, 1999; Neha Mangl, Priya Rathod, "A Comprehensive Review: Internet of Things (IoT)", *IOSR Journal of Computer Engineering*, No. 4/2017, 62-72, <https://www.iosrjournals.org/iosr-jce/papers/Vol19-issue4/Version-3/K1904036272.pdf>, 10. 09. 2022.

¹⁸ S. Jeschke, C. Brecher, T. Meisen, D. Özdemir, T. Eschert, op. cit., 3-19.

¹⁹ H. Boyes, B. Hallaq, J. Cunningham, T. Watson, op. cit., 1-12.

Consumer IoT (CIoT) devices and services are oriented toward individual users or families (e.g., home monitoring, networked entertainment in the home, smartphones, wearable IoT Fitbit and Apple Watch, Amazon's Echo Dot etc.). CIoT devices are usually low-cost and can be purchased in consumer electronic stores. Although, security and privacy requirements could potentially enhance the quality of products and prevent or reduce consumer product safety hazards, often, CIoT devices are shipped with remote access control enabled and with default administrative security credentials.²⁰ This makes CIoT devices more vulnerable for potential cyber-attacks due to the different standards and communication stacks involved.²¹

The data transfer from CIoT devices is often controlled by the end consumer, and opposite to that, in IIoT systems, communication system and data distribution is usually an industrial control system (e.g., SCADA - supervisory control and data acquisition) platform.²²

CIoT is profitable for the industry, manufacturers and consumers themselves, but there are also inherent concerns about privacy and security of data, user trust of the digital systems, and relevant authentication mechanisms.²³ In most cases consumers are unaware that their CIoT devices are potentially insecure and there is a shortage of information provided to consumers on IoT devices, product and services specifications. Moreover, CIoT user instructions should be more detailed explained to consumers and to allow them to make an informed purchasing decision. This would provide IoT users with a level of protection which is in line with modern concepts of consumer law.

Legal practitioners point towards many issues and IoT threats faced by consumers which could range from minor disruptions to serious financial loss or security breaches. The key challenges of IoT technologies are lack of interoperable

²⁰ Sheeba Backia, Mary Baskaran, "Internet of Things Security", *Journal of ICT Standardization*, No. 1/2019, 21-42.

²¹ Sabrina Sicari, Alessandra Rizzardi, Luigi Alfredo Grieco, Alberto Coen-Porisini, "Security, privacy and trust in Internet of Things: The road ahead", *Computer Networks*, No. 15/2015, 146-164.

²² Samer Jaloudi, "Communication Protocols of an Industrial Internet of Things Environment: A Comparative Study, WNF Placement Optimization at the Edge and Cloud", *Future Internet*, No. 3/2019, 66 -84.

²³ Suvini P. Amaraweera, Malka N. Halgamuge, "Internet of Things in the Healthcare Sector: Overview of Security and Privacy Issues", *Reviews the latest research on privacy, security, and trust in the Internet of Things, Security, Privacy and Trust in the IoT Environment* (ed. Mahmood Zaigham), Springer, 2019, 153-179.

technologies, uniform standards, privacy and data security concerns, and the skills to manage IoT's growing complexity.²⁴ Moreover, integrated services provided by multiple participants in IoT value chain may lead to legal challenges which requires that the parties address their business relationships, liability, insurance and other regulatory issues.²⁵

The number and variety of IoT devices and services made from components produced by different manufactures result in a lack of consistency and standards for interoperability and heterogeneity in different IoT systems.²⁶ A prerequisite of a well-functioning IoT is the standardization of the components and services used which includes technology standards (including network and communication protocols, and data-aggregation standards) and regulatory standards (security and privacy of data). IoT standardization is ongoing process and many national and international standard bodies are working on it today.²⁷

The IoT technical standardization requires harmonize technical specifications of products and services which will enable easily accessible, secure network connections, quality of service,²⁸ interfaces, data repository, etc. Moreover, IoT technology requires standardization of legal rights surrounding automated and autonomous entry into contracts, contract drafting, access, ownership of data, data protection law, IT security law, antitrust law and dealing with security issues.

²⁴ Chakib Bekara, "Security Issues and Challenges for the IoT-based Smart Grid", International Workshop on Communicating Objects and Machine to Machine for Mission-Critical Applications (COMMCA-2104), *Procedia Computer Science*, 2014, 532-537.

²⁵ European Commission, *Commission staff working document Liability for emerging digital technologies, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial intelligence for Europe*, Brussels, 25.4.2018 SWD 137 final, 4.

²⁶ Mahda Noura, Mohammed Atiquzzaman, Martin Gaedke, "Interoperability in Internet of Things Infrastructure: Classification, Challenges, and Future Work", *Lecture Notes of the Institute for Computer Sciences, Social Informatics and Telecommunications Engineering* (eds. Yi-Bing Lin, Il-sun You, Der-Jiunn Deng, Chun-Cheng Lin), *Third International Conference, IoTaaS 2017*, Springer Cham, 2017, 11-18.

²⁷ Beatriz Conde Gallego, Josef Drexler, "IoT Connectivity Standards: How Adaptive is the Current SEP Regulatory Framework?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No. 1/2019, 135-156; Arpan Pal, Hemant Kumar Rath, Samar Shailendra, Abhijan Bhattacharyya, "IoT Standardization: The Road Ahead", *IntechOpen*, 2018, <https://www.intechopen.com/books/internet-of-things-technology-applications-and-standardization/iot-standardization-the-road-ahead>, 05.09.2022.

²⁸ Development of cost-efficient automated, digital services in the network.

IOT TECHNOLOGIES AND INSURANCE INDUSTRY

Insurance companies greatly depend on their abilities to conduct suitable and sufficient risk assessment by using statistics and historic data for the premium calculation, and to transfer risk by offering relevant products and services that are closely aligned to customer needs.²⁹ IoT is a relatively new, developing technology and emerging and future risks cannot be validated by historical data or compare with other risks.³⁰

IoT technologies and products come with new types of risks ranging from ambiguities in contract and insurance law, cyber risks which could lead to property damages, data security and product liability which existing risk assessment methods are not designed to anticipate or predict.^{31,32} IoT products may become insecure or defective either from a defect in the design of the product itself, defect that existed during the manufacturing process, product obsolescence or even by a newly-released update or software modifications.³³

The risk arising from IoT devices is harder to control or influence of its realization because it can be multiplied resulting from the interconnectedness

²⁹ Isabelle Flückiger, Matteo Carbone, “From Risk Transfer to Risk Prevention: How IoT is reshaping business models in insurance”, *Geneva Association report*, https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/iot_insurance_research_report.pdf, 04. 10. 2022.

Andrea Lista, “Faraway, so close: some theoretical reflections on the application of competition law to the insurance sector in EU and China”, *Insurance Law in China* (eds. Johanna Hjalmarsson, Dingjing Huang), Informa Law from Routledge, 2014, 52; Danish Ahmed, Xie Yuantao, Umair Saeed Bhutta, “Insurers’ risk management as a business process: a prospective competitive advantage or not?”, *European Journal of Management and Business Economics*, No. 3/2021, 306.

³⁰ Andreas Haas, Markus Haas, Markus Weinert, “The Internet of Things is already here, but who bears the risks?”

A model to explain coverage disputes in a world of interconnected, autonomous devices Working paper”, *World Risk and Insurance Economics Congress*, Munich, 2015, 3.

³¹ Petar Radanliev, Dave De Roure, Stacy Cannady, Rafael Mantilla Montalv, Razvan Nicolescu, Michael Huth, “Economic impact of IoT cyber risk- analyzing past and present to predict the future developments in IoT risk analysis and IoT cyber insurance”, *Living in the Internet of Things: Cybersecurity of the IoT – 2018*, *Institution of Engineering and Technology*, London, 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3286130, 29. 09. 2022.

³² The most general definition of risk is „uncertain future event” and its realization depends primarily on its nature. Vladimir Čolović, “Upravljanje rizikom u privrednim društvima”, *Časopis za ekonomiju i tržišne komunikacije*, Panevropski univerzitet Apeiron, No. 2/2015, 237-250.

³³ OECD publishing, *Consumer product safety in the internet of things*, OECD digital economy Papers, No. 267, 2018, 18. <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/04/CONSUMER-PRODUCT-SAFETY-IN-THE-INTERNET-OF-THINGS.pdf>, 29. 09. 2022.

of devices and heterogeneity of participants who interacts within IoT ecosystems.³⁴ It is therefore of great importance for the insurance companies to properly assess the IoT risks in the context that consider the dynamics and uniqueness of the IoT ecosystems, to determine its type, the consequences of the realization of the risk, as well as methods of protection against this risk.

The complex and rapid developments in the IoT sector and IoT ecosystem supporting technologies, a variety of IoT devices connected to the internet and their widespread deployments, demand proactive approach to identifying risks and appropriate response. Effective IoT risk assessment methodologies is very challenging task for insurance companies when it comes to IoT automated systems. Most risk assessment methodologies are unsuitable for IoT and insurance companies need new approaches to assess risk and determining liability.³⁵ Some of the new approaches include next: assess underwriting risks in real time by using real-time data streams that provide dynamic signals with risk content; predictive analytics, risk management and loss prevention, predictive behavior assessment etc.

The IoT technology becomes more common and is beginning to alter insurance distribution models. The nature of insurance data is changing and insurance companies are now collecting real-time unstructured data captured by IoT devices and sensors. For insurers, the analyses of unstructured data in conjunction with analytics and incorporating them into insurance pricing are offering new opportunities for customer interaction and risk mitigation.³⁶

Collecting and analyzing data generated from IoT devices, insurance companies will be able to identify the needs of already existing insurance customers and to target customers by developing new products and services for these target groups. This will increase the target market of insurers, and overall insurers can increase profitability.³⁷ Moreover, the use of real-time risk surrogate data in risk assessment and pricing will enable the new pricing models to calculate premiums. The result of data analytics could be an increase or decrease in premiums.

³⁴ A. Haas, M. Haas, M. Weinert, op. cit., 6.

³⁵ P. Radanlieva, D. C. De Rourea, R. Nicolescu, M. Huth, R. M. Montalvo, S. Cannady, P. Burnap, op. cit., 14-22.

³⁶ IBM Analytics White paper, *Harnessing the power of data and analytics for insurance*, 2015, 2. <https://www.the-digital-insurer.com/wp-content/uploads/2016/06/715-IMW14672USEN.pdf>, 30. 09. 2022.

³⁷ https://www.capgemini.com/wp-content/uploads/2017/07/wearable_devices_and_their_applicability_in_the_life_insurance_industry.pdf, 30. 09. 2022.

It has been many reports in last few years that significant numbers of IoT devices have fundamental security issues and cyber insurance becomes more important for commercial business and consumers.³⁸ In terms of products and services, coverage is provided to indemnify against first and third-party losses resulting from security breaches involving personally identifiable information, digital disruption of a company's own network, cyber extortion, and media liability. The only few insurers have offered policies that would indemnify against claims for bodily injury and property damage related to cyber incidents.³⁹

Product liability insurance very often comes as part of a traditional Commercial General Liability (CGL) insurance policy and provides financial protection against claims for damages resulting from personal injury or property damage as a result of a dangerous or defective product manufactured, distributed or sold by the insured company. General liability insurance agreements are very broad and this coverage should respond to IoT-related claims unless there is particular exclusion regarding IoT devices. However, it can be misconception that traditional insurance policies adequately protect insured person, users and participants in the IoT products against IoT-related liability.

Today, the fault events in IoT systems and devices that result in financial loss may be insured by customized and specifically tailored professional liability product called "technology errors and omissions insurance (Tech E&O). Tech E&O is complex insurance and policies often provides comprehensive coverage for errors, omissions and liability assumed by contract.⁴⁰

IoT products and services raise questions with respect to the scope of products liability coverage in a CGL policy cover. The courts have discussed this issue and reached different conclusion about it in their verdicts. In many court cases, policyholders have sought coverage for the loss of use of data or functionality

³⁸ European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), Understanding Cyber Insurance - A Structured Dialogue with Insurance Companies, 2018, 3, <https://eiopa.europa.eu/Publications/Reports/EIOPA%20Understanding%20cyber%20insurance.pdf>, 30. 09. 2022.

³⁹ Petar Radanlieva, David Charles De Rourea, Razvab Nicolescu, Michael Huth, Rafael M. Montalvo, Stacy Cannady, Peter Burnap, "Analysing IoT cyber risk for estimating IoT cyber insurance", *Munich Personal RePEc Archive*, 2019, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/92566/1/MPRA_paper_92566.pdf, 30. 09. 2022.

⁴⁰ Vince J Vitkowsky, "The Internet of Things: A New Era of Cyber Liability and Insurance", *International Association of Claim Professionals Declarations*, Spring 2015, 17, <https://insurancedevelopments.typepad.com/files/the-internet-of-things-a-new-era-of-cyber-liability-and-insurance.pdf>, 30. 09. 2022.

of electronic devices on the ground that such losses involved property damage, which has been typically defined as including injury to or the loss of use of tangible property.⁴¹ However, insurers have argued that loss of use of data or functionality of electronic devices did not involve injury to or the loss of use of such property.

Although, courts approach on the topic about insurance coverage issues raised by the IoT was very differential, their reasoning may be instructive as courts have begun to deal more specifically with coverage for tangible losses relating to IoT devices.

CONCLUSION

IoT technological developments have a potential to change the public and private marketplace and most consumer goods companies are making changes in their traditional business models by investing in technologies to take full advantage of IoT devices, platforms and tools. This requires collaboration with competitors and other companies across industries to develop and adjusted business model framework to create, deliver and capture additional value from IoT applications, including new sources of revenue and lines of business. Technological advances and the increase of volume of IoT interconnected devices or “smart goods” that are distributed across world bring many benefits for consumers too but they have created new risks in existing consumer protection frameworks that must be addressed. Rapid IoT growth poses a significant risk of the proliferation of insecure IoT devices on market, cyber-attacks and a drastic increase in liability litigation. Insurance industry must face the challenges, opportunities and the risks which might arise from IoT technology and this includes technical and non-technical aspects, modernizing operational processes especially in risk assessment in order to fully leverage from the potential of connected devices and their wide IoT business networks. For IoT participants (e.g., manufacturers of smart products) it is of great interests to purchase insurance policies which offer liability cover to protect them from claims which may arise from the damages caused to IoT end users or third parties.

⁴¹ *American Guarantee & Liability Ins. Co. v Ingram Micro, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7299 (D. Ariz. 18 April 2000; *Eyeblander, Warren v DSG Retail Ltd* [2021] EWHC 2168 (QB) (30 July 2021); *Mondelez International v. Zurich American Ins. Co.*, No. 2018-L-11008, 2018 WL 4941760 (Ill. Cir. Ct., Cook County 2021).

Dr KATICA TOMIĆ
Advokatska kancelarija BVM
Beč

INTERNET STVARI (IoT) I SEKTOR OSIGURANJA

Rezime

Tehnologija interneta stvari (IoT) obuhvata širok spektar međusobno povezanih digitalnih objekata i elektronskih uređaja konektovanih na internet, koji imaju sposobnost prenosa, prikupljanja i deljenja različitih tipova podataka putem različitih senzora. Eksplozivno povećanje broja i tipova IoT povezanih uređaja i aplikacija, kako u sektoru proizvodnje tako i potrošnje, pruža nove mogućnosti i brojne rizike kojima se može upravljati u svim privrednim društvima. Najznačajniji rizici koje su svojstvene IoT i njegovim različitim primenama uključuju pitanje bezbednosti od uređaja do mreže, potencijalni rizik od sajber napada i troškove povezane sa takvim incidentima, rizik od odgovornosti za proizvod, interoperabilnost, ažuriranje ugrađenih softvera itd. Umnožavanje IoT uređaja pruža mogućnosti industriji osiguranja da koristi podatke prikupljene sa pametnih uređaja za efikasnije određivanje premija, pružanje boljih proizvoda, poboljšanje procene rizika i direktno i češće povezivanje sa klijentima. Međutim, rizici povezani sa IoT tehnologijama otvaraju mnoga pitanja u vezi sa pokrićem po osnovu osiguranja za gubitak podataka, kršenje podataka ili funkcionalnost IoT uređaja. U ovom radu analizirani su rizici IoT tehnologija i pitanja pokrića osiguranja koje izazivaju IoT povezani uređaji i proizvodi.

Ključne reči: IoT uređaji, podaci, potrošači, rizik, standardizacija, pokriće

References

- Amaraweera S., Halgamuge N., “Internet of Things in the Healthcare Sector: Overview of Security and Privacy Issues”, *Reviews the latest research on privacy, security, and trust in the Internet of Things, Security, Privacy and Trust in the IoT Environment* (Mahmood Zaigham ed), Springer, 2019.
- Angelova N., Kiryakova G., Yordanova L., “The great impact of internet of things on business”, *Trakia Journal of Sciences*, No. 1/2015.
- Backia S., Baskaran M., “Internet of Things Security”, *Journal of ICT Standardization*, No. 1/2019. <https://doi.org/10.13052/jicts2245-800X.712>.
- Balte A., Kashid A., Madhavrao Patil B., “Security Issues in Internet of Things (IoT): A Survey”, *International Journal of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering*, No. 4/2015.
- Bekara C., “Security Issues and Challenges for the IoT-based Smart Grid, International Workshop on Communicating Objects and Machine to Machine for Mission- Critical Applications (COMMCA-2104)”, *Procedia Computer Science*, 2014. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2014.07.064>.

- Bhargava A., Deepshikha P., Kumar N., Sajja G. S., Ray S., "Industrial IoT and AI implementation in vehicular logistics and supply chain management for vehicle mediated transportation systems", *International Journal of System Assurance Engineering and Management*, No. 13/2022.
- Boyes H., Hallaq B., Cunningham J., Watson T., "The industrial internet of things (IIoT): An analysis framework", *Computers in Industry*, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.com-pind.2018.04.015>.
- Chattopadhyay A. K., Nag A., Ghosh D., Chanda K., "A Secure Framework for IoT-Based Healthcare System", *Proceedings of International Ethical Hacking Conference* (eds. M. Chakraborty, S. Chakrabarti, V. E. Balas, J. K. Mandal), Springer Singapore, 2018.
- Čolović V., Upravljanje rizikom u privrednim društvima, *Časopis za ekonomiju i tržišne komunikacije*, No. 2/2015.
- Conde Gallego B., Drexler J., IoT Connectivity Standards: How Adaptive is the Current SEP Regulatory Framework?, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No. 1/2019. <https://doi.org/10.1007/s40319-018-00774-w>.
- Deloitte, *Opting in: Using IoT connectivity to drive differentiation The Internet of Things in insurance, A research report from the Deloitte Center for Financial Services*, 2 Jun 2016.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), *Understanding Cyber Insurance - A Structured Dialogue with Insurance Companies*, 2018.
- Fabiano N., "Internet of Things and the Legal Issues related to the Data Protection Law according to the new European General Data Protection Regulation 2017", *Athens Journal of Law*, No. 3/2017. <https://doi.org/10.30958/ajl.3-3-2>.
- Flückiger I., Carbone M., "From Risk Transfer to Risk Prevention: How IoT is reshaping business models in insurance", *Geneva Association report*, May 2021.
- Gershenfeld N., *When Things Start to Think*, Henry Holt and Company, New York, 1999.
- Haas A., Haas M., Weinert H., "The Internet of Things is already here, but who bears the risks? A model to explain coverage disputes in a world of interconnected, autonomous devices", Working paper, World Risk and Insurance Economics Congress, Munich, 2015.
- Hart J. K., Martinez K., "Toward an environmental Internet of Things", *Earth and Space Science*, No. 5/2015. <https://doi.org/10.1002/2014EA000044>.
- Holler J., Tsiatsis V., Mulligan C., Karnouskos S., Avesand S., Boyle D., *From Machine-to-Machine to the Internet of Things Introduction to a New Age of Intelligence*, 2014. <https://doi.org/10.1016/C2012-0-03263-2>.
- Jaloudi S., Communication Protocols of an Industrial Internet of Things Environment: A Comparative Study, WNF Placement Optimization at the Edge and Cloud, *Future Internet*, No. 3/2019. <https://doi.org/10.3390/fi11030066>.

- Jeschke S., Brecher C., Meisen T., Özdemir D., Eschert T., “Industrial Internet of Things and Cyber Manufacturing Systems”, *Industrial Internet of Things and Cyber Manufacturing Systems* (eds. S. Jeschke, C. Brecher, H. Song, D. B. Rawat), Springer International Publishing, Switzerland, 2016. https://doi.org/10.1007/978-3-319-42559-7_1.
- Langley D., Doorn J., C. L. Ng I., Stieglitz S., Lazovik A., Boonstrab A., “The Internet of Everything: Smart things and their impact on business models”, *Journal of Business Research*, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2019.12.035>.
- Lista A., “Faraway, so close: some theoretical reflections on the application of competition law to the insurance sector in EU and China”, *Insurance Law in China* (eds. J. Hjalmarsson, D. Huang) Routledge, 2014.
- Madakam S., Ramaswamy R., Tripathi S., “Internet of Things (IoT): A Literature Review”, *Journal of Computer and Communications*, No. 5, 2015, <http://dx.doi.org/10.4236/jcc.2015.35021>.
- Mangl N., Rathod P., “A Comprehensive Review: Internet of Things (IOT)”, *IOSR Journal of Computer Engineering*, No. 4/2017.
- Noura M., Atiquzzaman M., Gaedke M., “Interoperability in Internet of Things Infrastructure: Classification, Challenges, and Future Work”, *Lecture Notes of the Institute for Computer Sciences, Social Informatics and Telecommunications Engineering* (eds. Y. Lin, I. You, D. Deng, C. Lin), Third International Conference IoTaaS 2017, https://doi.org/10.1007/978-3-030-00410-1_2.
- Pal A., Kumar Rath H., Shailendra S., Bhattacharyya A., “IoT Standardization: The Road Ahead”, *IntechOpen*, March 29th, 2018. DOI: 10.5772/intechopen.75137
- Pavlović B., “Uticaj Internet inteligentnih uređaja na moderne trendove u osiguranju”, *31. Meeting of insurers and reinsurers*, Sarajevo. 2020.
- Radanliev P., De Roure D., Cannady S., Mantilla Montalv R., Nicolescu R., Huth M., *Economic impact of IoT cyber risk- analyzing past and present to predict the future developments in IoT risk analysis and IoT cyber insurance, Living in the Internet of Things: Cybersecurity of the IoT – 2018*, Institution of Engineering and Technology, London, 2015, <https://doi.org/10.1049/cp.2018.0003>.
- Radanlieva P., De Rourea C., Nicolescu R., Huth M., Montalvo R., Cannady S., Burnap P., “Analysing IoT cyber risk for estimating IoT cyber insurance”, *Munich Personal RePEc Archive*, 2019.
- Radanlieva P., De Rourea C., Nicolescu R., Huth M., Montalvo R., Cannady S., Burnap P., “Future developments in cyber risk assessment for the internet of things”, *Computers in Industry*, 2018.
- Sharma N., Shamkuwar M., Singh I., “The History, Present and Future with IoT”, *Internet of Things and Big Data Analytics for Smart Generation* (eds. V. E. Balas, V. K. Solanki, R. Kumar, M. Khari), Springer, 2018.
- Sicari S., Rizzardi A., Grieco A., Coen-Porisini A., “Security, privacy and trust in Internet of Things: The road ahead”, *Computer Networks*, No. 15/2015. <https://doi.org/10.1016/j.comnet.2014.11.008>.

- Tomic K., „Tehnologije internet (medicinskih) stvari i zaštita podataka u zdravstvenom sektoru”, *Pravni život*, No. 9/2018.
- Vitkowsky V. J., *The Internet of Things: A New Era of Cyber Liability and Insurance*, International Association of Claim Professionals Declarations, Spring 2015.
- Wagner G., „Digitale Ordnungspolitik – Haftung und Verantwortung“, *List Forum für Wirtschafts und Finanzpolitik*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s41025-022-00237-8>.
- Wendehorst C., “Besitz und Eigentum im Internet der Dinge”, *Verbraucherrecht 2.0 - Verbraucher in der digitalen Welt* (Hrsg. H. W. Micklitz, L. A. Reisch, G. Joost, H. Zander-Hayat), Baden-Baden, 1. Auflage, 2017.
- Yang S-H., *Wireless Sensor Networks: Principles, Design and Applications*, Springer, London, 2014. https://doi.org/10.1007/978-1-4471-5505-8_12.
- Yuantao X., Ahmed D., Saeed Bhutta U., “Insurers’ risk management as a business process: a prospective competitive advantage or not?”, *European Journal of Management and Business Economics*, No. 3/2021.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

IVA TOŠIĆ

JOVANA MISAILOVIĆ

REGULATIVA O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI KAO MEHANIZAM ZAŠTITE POTROŠAČA USLUGA OSIGURANJA

Zaštita potrošača usluga osiguranja postala je posebno aktuelna nakon ekonomske krize. Skoro svi propisi iz ove oblasti teže da umanje ugovornu neravnotežu koja postoji između strana ugovornica. Međutim, sa razvojem tehnologije, pored „osnovnih“ propisa iz oblasti osiguranja, za zaštitu potrošača usluga osiguranja mogu biti značajni i propisi koji nisu usko vezani za ovu oblast. U prvom delu rada autorke su obradile pitanje razloga za neophodnu zaštitu potrošača usluga osiguranja. Pored toga, u drugom delu rada analiziraju pitanje značaja nove regulative u oblasti zaštite podataka o ličnosti za zaštitu ovih lica, kao i uticaj prava koje licu na koje se podatak odnosi, garantuje Zakon o zaštiti podataka o ličnosti.

Ključne reči: podatak, zaštita podataka, zaštita potrošača, podatak o ličnosti, osiguranje

U V O D

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije (u daljem tekstu ZZPL) usvojen je u novembru 2018. godine.¹ Ovaj zakon u najvećoj meri predstavlja

Iva Tošić, istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, e-mail: i.tosic@iup.rs.

Jovana Misailović, istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, e-mail: j.misailovic@iup.rs.

¹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – ZZPL, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

prevedenu i adaptiranu GDPR regulativu,² te su na taj način načela GDPR-a uvedena i u domaće zakonodavstvo. S obzirom da u Republici Srbiji postoji niska svest o razlogu zaštite privatnosti, primea novog zakona svakako predstavlja veliki izazov za sva privredna društva, a samim tim i osiguravajuća društva.³ Radi usklađivanja poslovanja sa ZZPL, osiguravajuća društva moraju da predvide i primene organizacione, kadrovske i tehničke mere u odnosu na radnje obrade i podatke građana koji se nalaze u njihovom posedu.⁴ Svi učesnici na tržištu moraju biti usklađeni sa ovim zakonom, a lični podaci koji se obrađuju od strane učesnika na finansijskom tržištu su brojni: ime, prezime, broj identifikacionog dokumenta, adresa, telefon, e-mail, ali i drugi podaci poput zdravstvenog stanja. Razvoj tehnologija i sve veća primena interneta stvaraju nove rizike za potrošače, te je donošenje ovog zakona značajno i u segmentu zaštite potrošača usluga osiguranja, koja je poslednjih godina izuzetno aktuelna.⁵ U radu su autorke obradile implikacije ovog Zakona na ostvarenje zaštite potrošača usluga osiguranja, kao i prava koja im garantuje.

RAZLOZI ZAŠTITE POTROŠAČA USLUGA OSIGURANJA

Zaštita potrošača usluga osiguranja postala je posebno aktuelna nakon finansijske krize, kada je u potpunosti narušeno poverenje korisnika u rad ovih društava, te je bilo neophodno izmeniti regulatorni okvir kako bi se to poverenje povratilo.⁶

² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 04. 05. 2016.

³ Iva Tošić, Olivera Novaković, „Uticaj nove regulacije u oblasti zaštite podataka o ličnosti na rad osiguravajućih društava“, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020, 94-95.

⁴ Stefan Andonović, Dragan Prlja, *Osnovi prava zaštite podatak o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020, 157.

⁵ Za više v. I. Tošić, O. Novaković (2020), op.cit., 93-104.

⁶ Kriza nije zaobišla ni tržište osiguranaj. Jedan od najvećih korporativnih skandala se dogodio upravo u ovom sektoru i odnosi se na osiguravajuće društvo *American International Group*. AIG je prema veličini ostvarenih prihoda u 2005. i 2006. godini bio na četvrtom, a u 2007. godini na petom mestu na rang listi osiguravajućih društava u svetu. Obavljao je poslovne aktivnosti u preko 130 zemalja sveta. U tom periodu su mnoge banke zaključivale ugovore o osiguranju stambenih kredita, što je i očekivano, uzimajući u obzir to da su izdavale veliki tih kredita. Pored toga, zaduživale su se i kod drugih banaka,. Polise osiguranja su garantovale da će osiguravajuće kompanije isplatiti banci novac koji kupac duguje ukoliko sam ne isplaćuje rate. Pod uobičajenim okolnostima, deluje da bi ova sigurnosna mreža mogla dobro da funkcioniše. Međutim, oslanjajući se na polise osiguranja, banke su počele da nude stambene kredite čak i korisnicima koji ne ispunjavaju predviđene uslove.

Pre finansijske krize, regulatori su bili uglavnom fokusirani na unapređenje tržišne efikasnosti.⁷ Razlozi za zaštitu potrošača proizlaze iz potrebe njihove zaštite kao ugovorne strane čija je pregovaračka moć slabija od društava za osiguranje.⁸ Razvojem privrede i globalizacijom tržišta u drugoj polovini XX veka, postalo je jasno da tradicionalni instituti obligacionog prava nisu dovoljni da pruže adekvatnu zaštitu potrošačima.⁹ Pre svega, potreba za povećanom zaštitom potrošača usluga osiguranja proizlazi iz složenosti finansijskih proizvoda koje prosečan potrošač ima poteškoće da razume. Pored navedenog, ne može se očekivati od osiguravača da štiti interese lica koje zaključuje ugovor o osiguranju i da je spreman da u uslove osiguranja ugradi klauzule kojima bi osiguranik bio adekvatno zaštićen.¹⁰

Razloga za zaštitu potrošača usluga osiguranja ima nekoliko. Najpre, u ovim ugovorima postoji ugovorna neravnoteža između prodavca i korisnika njegovih usluga. Iz nje je čak proistekla nova grana prava: potrošačko pravo. Visok stepen zaštite potrošača u EU postavljen je kao cilj politike unije,¹¹ bez kog nije moguće postići stvaranje unutrašnjeg tržišta, sa slobodnim kretanjem robe, ljudi, usluga i kapitala.¹² Pored toga, ugovor o osiguranju karakteriše neravnoteža koja je svojstvena prirodi

Nakon što bi oni zakazali sa otplatom stambenih kredita, banke nisu bile u mogućnosti da vrate pozajmljeni novac, a sektor osiguranja nije mogao da priušti da plati sve dugove koje je obećao da će pokriti. *AIG* je 2008. godine, kada je došlo do kraha ove sigurnosne mreže i kada je nastupila kriza na američkom hipotekarnom tržištu, osiguravao zaštitu protiv gubitaka na hipotekama i to kreditnih plasmana *Lehman Brother* banke koja je bankrotirala. U slučaju *AIG-a*, Vlada je odlučila da spase kompaniju dajući joj ogroman kredit. Nakon finansijske krize, regulatorni okvir je bio usmeren vraćanju poverenja korisnika usluga osiguranja u funkcionisanje ovog tržišta. V.: William K. Sjostrom, "The AIG Bailout", *Washington and Lee Law Review* 943, 2009, 944-945.; Kenneth M. Ayotte, David A. Skeel Jr., „Bankruptcy or Bailouts?“, *The Journal of Corporation Law*, 2009, 470.

⁷ Dimity Kingsford-Smith, Olivia Dixon, „The Consumer Interest and the Financial Markets“, *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, 2015, 720.

⁸ Ozren Uzelac, *Regulatorno-pravni okvir zaštite potrošača iz odnosa osiguranja*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija Novi Sad, Novi Sad 2016, 53.

⁹ Nataša Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 47.

¹⁰ Jasmina Labudović, „Klauzule u ugovorima o osiguranju života koje štite osiguranike“, *Zbornik radova „Evropski put“ prava osiguranja Srbije, posebno ugovora o osiguranju* (ur. Pierpaolo Marano, Slobodan Jovanović, Jasmina Labudović), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2008, 353–368.

¹¹ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, čl. 114 i 169; Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (2010/C 83/02), *Službeni list Evropske unije* C 83/389 od 30. 3. 2010, čl. 38.

¹² Mirjana Glintić, „Ograničenja izbora Načela ugovornog prava reosiguranja kao merodavnog prava“, *Pravni život*, br. 11/2019, Beograd, 2019, 171-185.

ovog ugovora.¹³ Dodatni razlog za zaštitu potrošača usluga osiguranja predstavlja činjenica da oni uglavnom predstavljaju i ekonomski slabiju stranu. Imajući u vidu da korisnik usluga osiguranja ugovor zaključuje sa subjektom koji mora imati zavidnu ekonomsku snagu,¹⁴ u najvećem broju slučajeva on se nalazi u podređenom ekonomskom položaju.¹⁵ Pored pomenutog, potrošač usluga osiguranja vrlo često ne poznaje opšte i posebne uslove osiguranja ili ih samo površno prelista prilikom zaključenja polise osiguranja, a da se suštinski nije ni upoznao sa njima ili ih nije razumeo. Iako uslovi osiguranja danas imaju dosta sličnosti, ipak postoji opasnost da se u ugovor o osiguranju unesu odredbe kojima je cilj da se osiguravač zaštiti od većih obaveza na štetu legitimnih interesa osiguranika.¹⁶ Specifičnost i složenost ugovora o osiguranju predstavlja poseban problem i razlog neophodne zaštite u situacijama kada je ugovarač osiguranja fizičko lice. Ovo lice najčešće nije u mogućnosti da sagleda celokupan obim i kvalitet osiguravajuće zaštite za koju se opredelilo. Iz tih razloga, uvodi se obaveza informisanja ugovarača osiguranja. On zbog svoje neukosti i nedovoljne informisanosti često ne može doneti odluku koja mu ne ide na štetu, te pravni poredak obavezuje osiguravača da mu dostavi sve potrebne informacije.¹⁷

UTICAJ DONOŠENJA ZZPL NA ZAŠTITU POTROŠAČA USLUGA OSIGURANJA

Donošenje i početak primene ZZPL-a u Srbiji doveo je u pitanje poslovanje i način rada osiguravajućih društava, jer svaki podatak koji ova lica prikupljaju

¹³ Nataša Petrović Tomić, „Nepravične klauzule i Principi evropskog ugovornog prava osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 2/2014, 46.

¹⁴ Zakon o osiguranju – ZO, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014 i 44/2021, propisuje da društvo za osiguranje mora biti osnovano u formi akcionarskog društva (čl. 23), kao i da osnovni kapital ne može iznositi manje od 3.200.000 evra za životna osiguranja, reosiguranje, sve vrste neživotnih osiguranja, i pojedine vrste neživotnih osiguranja u koja spadaju: osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe motornih vozila, osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe vazduhoplova, osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe plovnih objekata, osiguranje od opšte odgovornosti za štetu, osiguranje kredita i osiguranje jemstva, odnosno 2.200.000 evra za pojedine vrste neživotnih osiguranja, osim pojedinih vrsta neživotnih osiguranja, kao i da pri osnivanju novčani deo osnovnog kapitala mora iznositi 100% navedenih iznosa (čl. 27).

¹⁵ Iva Tošić, Olivera Novaković, „Zaštita potrošača usluga osiguranja- analizaz zakonodavnog okvira Republike Srbije“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd- Valjevo, 2022, 511.

¹⁶ Za više v. O. Uzelac, op. cit., 55.

¹⁷ Nataša Petrović Tomić, „Zaštita potrošača usluga osiguranja i informaciona paradigma – odluka Narodne banke Srbije o zaštiti prava i interesa korisnika usluga osiguranja“, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2016, 558.

o korisnicima usluga osiguranja predstavlja „podatak o ličnosti“, prema kome se sačinjava ugovor o osiguranju. Osiguranje je najizloženiji sektor u radu sa ličnim i osetljivim podacima, ne samo za svoje postojeće korisnike, već i za podatke potencijalnih korisnika.¹⁸ Naime, osiguravajuća društva svakodnevno prikupljaju, obrađuju i čuvaju lične podatke radi ostvarenja dva cilja: 1) rada sa klijentima i 2) razmene podataka sa partnerima (bolnicama, kompanijama za upravljanje potraživanjima, firmama za otkrivanja prevara, kontakt centrima za pomoć na putu, itd).

Međutim, u budućnosti će usklađenost sa novom regulacijom u oblasti zaštite podataka o ličnosti biti odlučujući faktor za nastavak partnerstva. Na ovaj način štite se potrošači usluga osiguranja jer se očekuje, da ukoliko partner nije usklađen sa novom regulacijom, društvo sa njim prekine saradnju i traži nove partnere koji ispunjavaju pomenute uslove.¹⁹ Nova regulacija u oblasti zaštite podataka o ličnosti svakako predstavlja odličnu prevenciju od zloupotrebe dostupnih informacija, zaštitu fizičkih lica od potencijalnih oblika finansijskog kriminaliteta i prevara u osiguranju, kao i preventivnu zaštitu od upotrebe ličnih podataka u razne marketinške svrhe.²⁰

Značaj ove reforme proizlazi upravo iz njenog osnovnog cilja koji obuhvata definisanje granica i maksimalnu zaštitu protoka podataka s posebnom pažnjom uperenom na obradu ličnih podataka i zaštitu privatnosti građana.²¹ Nova regulativa u oblasti zaštite podataka o ličnosti predviđa nekoliko načela, a koja obuhvataju uslove koje obrada mora ispunjavati: da je zakonita, poštena i transparentna u odnosu na lice na koje se podaci odnose. Pored toga, neophodno je da se podatak prikuplja u tačno određene svrhe, da se ostvaruje princip minimizacije podataka, tačnosti podataka i ograničenja čuvanja, uz pružanje odgovarajuće zaštite podataka o ličnosti.²² Pre pojave ZZPL-a, osiguravajuća društva većinu ovih uslova nisu ispunjavala. Ova društva su prilikom sklapanja ugovora zahtevala od osiguranika da popuni obrazac na kom su obično „zvezdicom“ bila obeležena obavezna polja u kojima je tražen neki lični podatak, pa bi obrađivač zahteva odbijao da primi obrazac na kojem neko od „obaveznih“ polja nije popunjeno.²³ Ovakvom postupanju

¹⁸ Xenofon Liapakis, „A GDPR Implementation Guide for the Insurance Industry“, *International Journal of Reliable and Quality E-Healthcare*, 2018, 35.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ I. Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 96.

²¹ Marija Boban, „Zaštita osobnih podataka i nova EU uredba o zaštiti podataka“, *Bilten HDMI*, 2018, 30.

²² Čl. 5 ZZPL.

²³ I. Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 96.

osiguravajućih društava, ZZPL staje na put propisivanjem da je prilikom prikupljanja podataka neophodna *jasna i nedvosmislena saglasnost* lica čiji se podaci traže, ili da su takvi podaci *neophodni* za izvršenje ugovora.²⁴ Samo u ovim slučajevima obrada ispunjava uslov zakonitosti. Zakonsko rešenje u velikoj meri pruža zaštitu davaocu podataka. Međutim, specifičnost delatnosti osiguravajućih društava nalaže potrebu da se prikupe što „ličniji“ podaci, kako bi bili u mogućnosti da pruženu uslugu nedvosmisleno vežu za određenu ličnost. Imajući to u vidu, osiguravajuće društvo, primera radi, ima opravdan interes da traži jedinstveni matični broj građana (JMBG). Međutim, tumačenjem odredbi ZZPL-a,²⁵ dolazimo do zaključka da osiguravajuće društvo ne može uslovljavati davanje svojih usluga davanjem ovog podatka, već on može biti dat samo dobrovoljno.²⁶ Pored toga, poštujući načelo minimizacije podatka, podaci moraju biti primereni, bitni i ograničeni na ono što je neophodno u odnosu na svrhu obrade. Istovremeno, načelo ograničenja u odnosu na svrhu obrade zahteva da se podaci prikupljaju u svrhe koje su konkretno određene, izričite, opravdane i zakonite, te se podaci ne mogu obrađivati na način koji nije u skladu sa tim svrhama.²⁷ Istovremeno, osiguravajuća društva podatke prikupljaju godinama, uglavnom bez ikakve selekcije, i vode registre o korisnicima osiguranja i štetnim događajima, kao i registre podataka o proceni i likvidaciji šteta, odnosno isplati ugovorenih iznosa, a neretko i podatke o korisnicima koriste kako bi im ponudili nove usluge osiguranja.²⁸ Iako donošenje novog zakona ne zabranjuje vođenje registara, ovakvo poslovanje više neće biti moguće iz 2 razloga:

1. u skladu sa odredbama novog zakona čuvanje je moguće samo u roku koji je neophodan za ostvarivanje svrhe obrade i
2. podaci se ne mogu dalje obrađivati na način koji nije u skladu sa svrhom obrade.

Imajući u vidu navedeno, osiguravajuća društva će podatke moći da čuvaju samo dok su ispunjena dva pomenuta uslova, jer u suprotnom dolazi do povrede načela koja predviđa ZZPL.

Na kraju, treba imati u vidu da je napredak tehnologije učinio današnje poslovanje znatno rizičnijim, te su u tom smislu sva privredna društva izložena riziku internet napada koji predstavljaju najveći izazov za ostvarenje načela „integriteta

²⁴ Čl. 12 ZZPL.

²⁵ Tekst dostupan na <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050716/050716-vest13.html>, 25.09.2022.

²⁶ I. Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 96-97.

²⁷ Čl. 5 ZZPL.

²⁸ Čl. 176, st. 2 ZO.

i poverljivosti“ podataka. Ovo je posebno izraženo kod osiguravajućih društva koja dnevno obrađuju ogroman broj podataka o ličnosti. Na ovaj način, lični podaci korisnika su izloženi velikom riziku, a u sličaju eventualnog „curenja podataka“, pored toga što bi došlo do povrede podataka velikog broja njegovih potrošača, i samo osiguravajuće društvo bi se moglo naći na ivici propasti usled eventualnih odštetnih zahteva.²⁹ U tom smislu, Zakon od društava zahteva preduzimanje tehničkih, organizacionih i kadrovskih mera.

Da bi se odredbe propisane novim ZZPL-om uspešno sprovodile, nije dovoljno samo usaglašavanje propisa koji uređuju određene oblasti i uspostavljanje internih procedura. Neophodno je da se uspostavi dobar kvalitet i visok nivo obučenosti lica za zaštitu podataka o ličnosti, ali i svih zaposlenih. Kao jedan od najčešćih uzroka zloupotrebe podataka pokazala se nedovoljna informisanost zaposlenih u pogledu čuvanja podataka. U pogledu ovog pitanja, osiguravajućim društvima od posebnog značaja može biti novoustanovljena funkcija praćenja usklađenosti, koju predviđa Direktiva Solventnost II.³⁰ Osnovni zadatak lica koje obavlja ovu funkciju je da prati pravne propise, kako već postojeće, tako i one u koji su u fazi donošenja. Potom, da bi društvu olakšao njihovu implementaciju, vrši *ex ante* i *ex post* kontrolu usklađenosti, kao i edukaciju i savetovanje uprave i svih zaposlenih. Ovo lice bi trebalo da na pitanjima vezanim za usklađenost sa odredbama o zaštiti podataka saraduje sa licem zaduženim za zaštitu podataka (*Data Protection Officer*).³¹

Mere koje su osiguravajuća društva već uvela, a koje doprinose zaštiti potrošača njihovih usluga, obuhvataju unapređenje poslovne korespondencije, zaštitu od internet rizika, uvođenje sigurnosnih protokola i procedura koje regulišu način rukovanja i obrade podataka korisnika unutar kompanije. Potom se tu ubrajaju i edukacije zaposlenih na temu potencijalnih rizika, kao i mere zaštite papirne dokumentacije, čuvanja i skladištenja korisničkih podataka. Na ovaj način se

²⁹ Iva Tošić, Olivera Novaković, „Osiguranje od internet rizika i nova regulativa u oblasti zaštite podataka o ličnost“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Vladimir Čolović, Zdravko Petrović, Dragan Obradović), Beograd- Mionica, 2021, 467-476.

³⁰ Direktiva 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Veća od 25. novembra 2009. o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II), OJ L 335/1.

³¹ Za više v. Ana-Maria Brezniceanu, „Data Protection Officer – a New profession in Public Administration?“, *Revista de științe politice*, Craiova, 2017, 79-89; Clara Fritsch, „Data Processing in Employment Relations; Impacts of the European General Data Protection Regulation Focusing on the Data Protection Officer at the Worksite“, *Reforming European Data Protection Law* (ed. Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert), Springer, Berlin, 2015, 147-167; Korff Douwe, Marie Georges, *The Data Protection Officer Handbook*, 2019, tekst dostupan na https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428957, 26. 09. 2022.

osiguravajuća društva pripremaju za potpuno usklađivanje sa novim pravilima, što će od njih, s obzirom na prirodu posla, zahtevati izuzetnu posvećenost, kontinuiranu edukaciju i veliko ulaganje vremena i sredstava.³²

OSNOVNA PRAVA LICA NA KOJE SE PODACI ODNOSE
PREDVIĐENA NOVOM REGULATIVOM I UTICAJ NA
ZAŠTITU POTROŠAČA USLUGA OSIGURANJA

Nova regulativa u oblasti zaštite podataka predviđa spektar prava za lica na koje se podaci odnose i na taj način podiže nivo njegove pravne zaštite u oblasti prava koja su proklamovana Ustavom. Međutim, iako je pohvalno što je ovim zakonom znatno unapređena zaštita potrošača, čini se da je u želji da se zaštiti lice na koje se podatak odnosi, zakonodavac zanemario i drugog učesnika odnosa, koji svoje celokupno poslovanje mora da prilagodi novim propisima. Naime, imajući u vidu sve što smo prethodno naveli u pogledu poslovanja osiguravajućih društava, čini se da su pred njih postavljeni ogromni izazovi u pogledu implementacije novih odredaba. Prava koja uvodi Zakon obuhvataju niz prava, među kojima su za zaštitu potrošača usluga osiguranja najznačajnija: transparentnost i pravo na pristup, pravo na prenosivost, pravo na brisanje podataka (na zaborav), prava vezana za automatizovano donošenje pojedinačnih odluka.

Na osnovu odredaba ZZPL-a neophodno je da se licu na koje se podaci odnose, pruže sve informacije definisane Zakonom na sažet, transparentan, razumljiv i lako dostupan način. Ovako definisana odredba, kada su u pitanju osiguravajuća društva, usmerena je jasno na zaštitu potrošača usluga osiguranja kao „slabije“ ugovorne strane, iz prethodno navedenih razloga. Naime, kada su u pitanju osiguravajuća društva, ova odredba je od posebne važnosti, jer potrošači ovih usluga najčeće imaju problem da razumeju i same proizvode koje kupuju, a kamoli razloge i svrhu prikupljanja njihovih ličnih podataka, kao i prava koja im u pogledu tih podataka na osnovu zakona pripadaju. Međutim, treba imati u vidu da preplavljenost i prezasićenost informacijama može nekada u jednakoj meri da parališe potrošače, distributere i društva za osiguranje, što samo poskupljuje proizvode.³³

Na osnovu odredbi ZZPL-a lice na koje se podaci odnose ima pravo da zahteva od rukovaoca informaciju o tome da li obrađuje njegove podatke o ličnosti kao i pristup tim podacima i nizu drugih informacija kao što su svrha obrade, vrsta

³² I. Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 98.

³³ Nataša Saserat-Alberti, „Nove tendencije u zaštiti potrošača u Evropi i Nemačkoj“, *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja* (ur. Pierpaolo Marano, Slobodan Jovanović, Jasmina Labudović Stanković), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2013, 128.

podataka koji se obrađuju, o predviđenom roku čuvanja itd.³⁴ Takođe, rukovalac mora osigurati licu na koje se podaci odnose kopiju ličnih podataka. Ovo je dramatična promena u transparentnosti podataka.³⁵

Iz odredbi ZZPL-a vidimo da je znatno strože definisano profilisanje kao postupak koji se u osiguravajućim društvima često sprovodi, a koji predstavlja osnov marketinških i prodajnih akcija. O svim promenama u tom smislu osiguravajuća društva imaju obavezu da obaveste osiguranike. Ovo pravo osiguranika otežava rad osiguravajućih društava, jer, kako smo prethodno pomenuli, oni svakodnevno koriste i obrađuju ogroman broj podataka o ličnosti i svoje celokupno poslovanje godinama unazad zasnivaju na konstantnom prikupljanju podataka.

Ovim aktima uvedena je obaveza obaveštavanja lica od koga se podaci prikupljaju o tome da će se odluke donositi automatizovano, kao i o tome koja je sadržina logike koja se koristi prilikom automatizovanog donošenja odluka i značaju predviđenih posledica takve obrade. Samim tim, osiguravajuće društvo prilikom prikupljanja podataka o ličnosti pruža licu na koje se podaci odnose dodatne informacije potrebne da bi se obezbedila pravična i transparentna obrada. S obzirom na složenost profilisanja, društvo treba da pronađe jednostavne načine da saopšti licu na koje se podaci odnose razloge koji stoje iza takve odluke, ili kriterijume na koje se oslanja pri donošenju odluke. Od društva se zahteva da pruži smislene informacije o uključenoj logici, a ne nužno kompleksno objašnjenje ili otkrivanje korišćenih algoritama. Međutim, dostavljene informacije treba da budu dovoljno sveobuhvatne da subjekt podataka razume razloge za odluku.

Jedan od najvećih izazova sa kojim će se suočiti osiguravajuća društva je koncept prenosivosti podataka na osnovu kojeg lice na koje se podaci odnose ima pravo da podatke o ličnosti koje je prethodno dostavilo rukovaocu primi od njega u strukturisanom, uobičajeno korišćenom i elektronski čitljivom obliku. Ove podatke ima pravo da čak i prenese drugom rukovaocu pod uslovima predviđenim zakonom.³⁶ Takođe je neophodno da su primljeni lični podaci zaista neophodni za svrhu obrade. Bilo koje lične podatke dobijene tamo gde nema nikakve povezanosti sa svrhom nove obrade, ne bi trebalo zadržati niti obrađivati.³⁷ Pravo na prenosivost podataka u ogromnoj meri unapređuje zaštitu lica na koje se podaci odnose i olakšava poslovanje konkurentskom rukovaocu ukoliko se podaci prenose njemu. Ipak, iako ovo pravo omogućava uštedu vremena i sredstava primaocu podataka

³⁴ Čl. 26 ZZPL.

³⁵ I Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 99.

³⁶ Čl. 36 ZZPL.

³⁷ „The GDPR and key challenges faced by the Insurance industry“, KPMG, 2018.

i licu na koje se podaci odnose, treba imati u vidu da se od osiguravajućeg društva, kod koga se podaci nalaze, zahteva ulaganje vremena i sredstava kako bi podatke na predviđen način dostavilo konkurenciji. Međutim, ukoliko se radi o očigledno neosnovanim i preteranim zahtevima, osiguravajuće društvo ima pravo da naplati nužne troškove postupanja po zahtevu, pa čak i da odbije da po zahtevu postupi. U ovim situacijama na njemu leži teret dokazivanja potrebe naknade troškova. Kao i kod drugih posebnih prava, i ovde se pruža zaštita potrošaču usluga jer se od rukovaoca zahteva da kada ne postupi po zahtevu lica na koga se podaci odnose, pruži obaveštenje o mogućnostima ostvarivanja pravne zaštite pred Poverenikom ili sudom.³⁸

U skladu sa ZZPL-om, lice na koje se podaci odnose može tražiti da se u slučajevima predviđenim zakonom njegovi podaci o ličnosti izbrišu od strane rukovaoca.³⁹ Takođe, ako je rukovalac javno objavio podatke o ličnosti, njegova obaveza da izbriše podatke obuhvata i preduzimanje svih razumnih mera, u cilju obaveštavanja drugih rukovaoca da je lice na koje se podaci odnose podnelo zahtev za brisanje svih kopija ovih podataka i elektronskih veza prema ovim podacima. Naravno, propisima su predviđeni i izuzeci, kada rukovalac nije dužan da postupi po zahtevu.⁴⁰

Prema Ustavu Srbije, zaštita podataka o ličnosti predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava, gde spada i pravo na privatnost, što je sastavni deo i međunarodnih normi za tu oblast.⁴¹ To pravo se može ograničiti samo zakonom u izuzetno opravdanim slučajevima. Na ovo pravo se nadovezuje i „pravo na brisanje (zaborav)“, gde rukovalac treba da briše podatke bez odlaganja, ako su za to ispunjeni uslovi.⁴² Ova promena i uvođenje ovog prava korisnika usluga osiguranja je od posebnog značaja kada je u pitanju rad osiguravajućih društava koja su pokušavala da zadrže lične podatke što je duže moguće, a sve sa ciljem povećanja njihove potencijalne upotrebe.⁴³ Čak i Zakon o osiguranju predviđa da se podaci o osigurancima i drugi podaci značajni za ostvarivanje prava na naknadu štete i druge isplate čuvaju deset godina posle isteka ugovora o osiguranju. U slučaju nastanka štetnog događaja, odnosno osiguranog slučaja, taj rok iznosi deset godina od utvrđivanja

³⁸ S. Andonović, D. Prlja, 10.

³⁹ Čl. 30 ZZPL.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Čl. 42 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, 115/2021.

⁴² Vanja Ćosović, *Novi model zaštite korisnika finansijskih usluga u eri digitalnog poslovanja*, doktorska disertacija odbranjena na Univerzitetu Singidunum, Beograd, 2021, 71.

⁴³ I. Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 101.

štete, odnosno ugovorenih iznosa.⁴⁴ Međutim, uvođenjem prava na brisanje podataka osiguravatelji će biti u mogućnosti da traže brisanje svojih ličnih podataka i pre isteka ovog roka. Teret dokazivanja je na rukovoditelja koji mora pokazati legitiman interes i/ili pravni i regulatorni razlog zadržavanja podataka.⁴⁵

U uslovima kontinuiranog razvoja tehnologije i sve češćih incidenta napada, ovo pravo će takođe biti od velikog značaja, jer će lice biti u mogućnosti da traži da se njegovi podaci obrišu i na taj način spreči eventualno „curenje“ svojih ličnih podataka. Problem može nastati za osiguravajuća društva, ukoliko u istom trenutku prime veliki broj zahteva za brisanje podataka. Naime, može se dogoditi da društva nisu u mogućnosti da postupe po svim zahtevima istovremeno. Ako bi se eventualni napad i „curenje“ podataka korisnika dogodilo nakon zahteva za brisanje podataka, veliki je rizik da eventualni odštetni zahtev ni osiguranje od internet rizika ne bi pokrilo.⁴⁶

U praksi će verovatno doći do određenih problema prilikom implementacije ovog pravila jer u pojedinim slučajevima neće biti moguće naprosto izbrisati podatke. Posebno je pitanje odluke o brisanju onih podataka koji više nisu potrebni. Uzimajući u obzir prirodu poslovanja osiguravajućih društava, uređivanje ovih podataka zahtevaće angažovanje ogromnih kapaciteta.⁴⁷ ZZPL teži uvođenju reda u tom segmentu tako da se jasno odluči koji podaci treba da ostanu, za koju potrebu i koliko dugo. To naravno nije jednokratna posao, već posao koji će društva u budućnosti morati kontinuirano da sprovedu, što zahteva uvođenje adekvatnih softverskih rešenja.

ZAKLJUČAK

Nakon ekonomske krize, zaštita potrošača finansijskih usluga ubrzano dobija na značaju i postaje glavni cilj regulative u ovoj oblasti. S obzirom da osiguravajuća društva svakodnevno obrađuju veliki broj podataka o ličnosti, donošenje ZZPL je imalo veliki značaj za korisnike njihovih usluga. Način dosadašnjeg poslovanja osiguravajućih društava će morati znatno da se promeni, a osiguranicima se garantuje niz prava kojima mogu zaštititi svoje podatke i interese. Međutim, iako ovako postavljeni zahtevi imaju ogroman značaj za zaštitu potrošača usluga osiguranja, oni zahtevaju ogromne napore na strani društava za osiguranje. U osvarenju tog cilja

⁴⁴ Čl. 176, st. 4 ZO.

⁴⁵ Daniel Bara, „Utjecaj GDPR Uredbe na poslovanje osiguravajućih društava“, *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencij Hrvatski dani osiguranja 2017*, Opatija, 2017, 35.

⁴⁶ Za više v. I. Tošić, O. Novaković (2021), op. cit., 467-476.

⁴⁷ I. Tošić, O. Novaković (2020), op. cit., 102.

osiguravačima može biti od pomoći obrazovanje funkcije praćenja usklađenosti, koja je predviđena odredbama Direktive Solventnost II, koja bi u saradnji sa licem zaduženim za zaštitu podataka mogla olakšati implementaciju ovih odredaba. Međutim, iako je na polju zaštite lica na koje se podaci odnose učinjeno mnogo, što je i bila tendencija nove regulative, deluje kao da su nove odredbe okrenute isključivo jednoj strani ugovornog odnosa, a to je potrošač usluga. Na ovaj način na osiguravajuća društva je stavljen ogroman teret i biće potrebna velika, kako kadrovska i tehnička, tako i finansijska sredstva za implementaciju novih odredbi.

IVA TOŠIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law
Belgrade

JOVANA MISAILOVIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law
Belgrade

REGULATION ON THE PERSONAL DATA PROTECTION AS A MECHANISM FOR THE PROTECTION OF INSURANCE COMPANIES CONSUMERS

Summary

The protection of insurance companies consumers became especially important after the economic crisis. Almost all the regulations in this area tend to reduce the contractual imbalance that exists between the contracting parties. However, with the development of technology, for the protection of insurance companies consumers, in addition to the „general“ laws and bylaws in the field of insurance, there may also be valuable regulations that are not closely related to this field. In the first part of the paper, authors analyze the reasons for the necessary protection of insurance companies consumers. In addition, in the second part of the paper, authors deal with the importance of the new regulation in the field of personal data protection for the consumers protection, as well as the impact of the rights granted by the Personal Data Protection Act of the Republic of Serbia.

Key words: data, data protection, consumer protection, personal data, insurance

Literatura

- Andonović S., Prlja D., *Osnovi prava zaštite podatak o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020.
- Ayotte K. M., Skeel Jr A. D., „Bankruptcy or Bailouts?“, *The Journal of Corporation Law*, 2009.
- Bara D., „Utjecaj GDPR Uredbe na poslovanje osiguravajućih društava“, *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Hrvatski dani osiguranja 2017*, Opatica 2017.

- Boban M., „Zaštita osobnih podataka i nova EU uredba o zaštiti podataka“, *Bilten HDMI*, 2018.
- Brezniceanu A. „Data Protection Officer – a New profession in Public Administration?“, *Revista de științe politice*, University of Craiova, Faculty of social sciences, 2017.
- Ćosović V., *Novi model zaštite korisnika finansijskih usluga u eri digitalnog poslovanja*, doktorska disertacija odbranjena na Univerzitetu Singidunum, Beograd, 2021.
- Douwe K., Georges M., *The Data Protection Officer Handbook*, 2019, dostupno na: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3428957>.
- Glintić, M., „Ograničenja izbora Načela ugovornog prava reosiguranja kao merodavnog prava“, *Pravni život*, br. 11/2019, Beograd, 2019.
- Fritsch C., „Data Processing in Employment Relations; Impacts of the European General Data Protection Regulation Focusing on the Data Protection Officer at the Worksite“, *Reforming European Data Protection Law*, Springer, 2015.
- Kingsford-Smith D., Dixon Olivia, „The Consumer Interest and the Financial Markets“, *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, 2015.
- KPMG, „The GDPR and key challenges faced by the Insurance industry“, 2018.
- Labudović J., „Klauzule u ugovorima o osiguranju života koje štite osiguranike“, „*Evropski put prava osiguranja Srbije posebno ugovora o osiguranju*, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2008.
- Liapakis X., „A GDPR Implementation Guide for the Insurance Industry“, *International Journal of Reliable and Quality E-Healthcare*, 2018.
- Petrović Tomić N., „Nepripravne klauzule i Principi evropskog ugovornog prava osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 2/2014.
- Petrović Tomić N., *Zaštita potrošača usluga osiguranja analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Petrović Tomić N., „Zaštita potrošača usluga osiguranja i informaciona paradigma – odluka Narodne banke Srbije o zaštiti prava i interesa korisnika usluga osiguranja“, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2016, Beograd, 2016.
- Saserat-Alberti N., „Nove tendencije u zaštiti potrošača u Evropi i Nemačkoj“, *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja* (ur. Pierpaolo Marano, Slobodan Jovanović, Jasmina Labudović Stanković), Beograd, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2013.
- Sjostrom K. W. „The AIG Bailout“, *Washington and Lee Law Review* 943, 2009.
- Tošić I., Novaković O., „Osiguranje od internet rizika i nova regulatorna u oblasti zaštite podataka o ličnosti“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Vladimir Čolović, Zdravko Petrović, Dragan Obradović), Beograd- Mionica, 2021.
- Tošić I., Novaković O., „Uticaj nove regulacije u oblasti zaštite podataka o ličnosti na rad osiguravajućih društava“, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji* (ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski), Beograd, 2020.

Tošić I., Novaković O., „Zaštita potrošača usluga osiguranja- analiza zakonodavnog okvira Republike Srbije“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Vladimir Čolović, Zdravko Petrović, Dragan Obradović), Beograd-Valjevo, 2022.

Uzelac O., *Regulatorno-pravni okvir zaštite potrošača iz odnosa osiguranja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet privredna akademija Novi Sad, 2016.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVNO-ORGANIZACIONI ASPEKTI ZAŠTITE PODATAKA O LIČNOSTI U OSIGURANJU SA OSVRTOM NA PRAVA LICA NA KOJE SE PODACI O LIČNOSTI ODOSE

Pitanje zaštite podataka je jedno od važnijih pitanja današnjice i potrebno je sagledati ga sa više aspekata. Obaveza primene odredbi propisanih Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti se odnosi i na društva za osiguranje, koja tokom obavljanja svoje primarne delatnosti dolaze u kontakt sa podacima o ličnosti korisnika usluge osiguranja. Ubrzani razvoj tehnologije uslovio je prikupljanje podataka na razne načine, pri čemu su mnogi neadekvatni i ne pružaju nikakav vid zaštite pojedincu. U radu su, u svetlu dalje modernizacije pravno-organizacionog okvira, analizirane odredbe aktuelnih propisa, polazeći od Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, uz ukazivanje na mogućnost boljeg uređenja i povezanosti sa zakonskom regulativom u delatnosti osiguranja.

Ključne reči: klauzule Poverenika, podaci o ličnosti, prava lica na koja se podaci o ličnosti odnose, rukovalac, pristank

U V O D

Zaštita podataka o ličnosti se svrstava u osetljive korporativne resurse, posebno zbog sve izrazitijih pretnji socijalnim inženjeringom. To otvara i pitanja kako u današnjem vremenu promena i digitalizacije obezbediti pravnu zaštitu podataka i korporativnu bezbednost informacija. Zakonodavni okvir, uredbe

Sarita Olević, menadžer i zamenik lica za zaštitu podataka u kompaniji „Dunav osiguranje“ a.d.o, član Nadzornog odbora Udruženja za pravo osiguranja Srbije, e-mail: sara.olevic@gmail.com.

i pravila koji se propisuju radi pravne zaštite pojedinca čiji se podaci o ličnosti prikupljaju i obrađuju, nameću dodatnu obavezu osiguravačima da se prilagode i svoje poslovanje usklade sa propisanom regulativom zaštite podataka. To podrazumeva formiranje organizacione jedinice u okviru kompanije koja prati zakonsku regulativu u oblasti zaštite podataka i sve poslovne procese u kojima dolazi do prikupljanja, obrade, grupisanja, čuvanja, brisanja podataka korisnika usluge osiguranja.

Danas je način poslovanja uslovljen promenama koje donosi globalizacija, a značajan faktor je napredak informacione tehnologije i tehničko-tehnološki razvoj čime se menja život savremenog čoveka. Istovremeno postoji prisutnost rizika od zloupotrebe prikupljenih podataka fizičkih lica koji se skladište i obrađuju. Aktuelnost ove teme je veća što se podaci, pored opravdane svrhe, koriste i za druge ne tako popularne delatnosti poput ucena, posmatranja ponašanja korisnika, prisluškivanja i drugo. Stoga se od državnih institucija, kao i kompanija, očekuje da se prilagođavaju i evoluiraju u svim segmentima poslovanja. Stavljanje podataka o ličnosti u središte razvoja privrede i industrije zahteva uspostavljanje delotvornog sistema pravne zaštite, uz visok nivo sistema zaštite i informacione bezbednosti.

Osiguravajuća društva kao značajani privredni subjekti na finansijskom tržištu imaju bitnu ulogu u održavanju finansijske stabilnosti svake zemlje. Tokom obavljanja svoje delatnosti, dolaze u posed velikog i različitog broja podataka o ličnosti, tako da imaju „obavezu da osmisle način na koji će rukovati i organizovati podatke na jednoobrazan i transparentan način.“¹

ZAKONSKA REGULATIVA ZAŠTITE PODATAKA O LIČNOSTI

Pravni okvir u Republici Srbiji

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine² predstavlja osnovni propis za uređenje oblasti zaštite podataka, jer garantuje zaštitu podataka o ličnosti, kažnjava upotrebu izvan svrhe za koju su prikupljeni podaci. Tako se Ustavom predviđa zabrana i kažnjivost upotrebe podataka o ličnosti van namene za koju su prikupljeni, a svako ima pravo da bude upoznat s prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom.³

¹ Andre Faruđa, „Opšta uredba o zaštiti podataka EU i moderna praksa preuzimanja rizika u osiguranje: analiza(ne) uspešnosti iz ugla industrije osiguranja“, *Moderni aspekti zakonskog i regulatornog koncepta osiguranja*, Šabac, 2020, 234.

² Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

³ Čl. 42 Ustava.

Uz Ustav, osnovni pravni izvor zaštite podataka o ličnosti su Zakon o zaštiti podataka o ličnosti,⁴ kao podzakonski akti doneti od strane Poverenika. Donošenjem ZZPL implementirani su novi instituti koje predviđa Opšta uredba Evropske unije. Ovim Zakonom Povereniku je dat širok spektar nadležnosti koje se odnose na zaštitu privatnosti i nadzor nad sprovođenjem zakona, kao nezavisnom organu, sa ciljem zaštite prava i sloboda fizičkih lica u vezi sa obradom. S tim u vezi, prilikom vršenja svojih poslova i ovlašćenja Poverenik postupa u skladu sa zakonskom regulativom koja uređuje upravni postupak, kao i inspekcijski nadzor.

Shodno obavezama i ovlašćenjima predviđenih zakonom, a radi usklađivanja unutrašnjeg pravnog sistema, Poverenik je između ostalog doneo čitav niz podzakonskih akata koja bliže uređuju ovu oblast,⁵ koji služe lakšem shvatanju i primeni zakona. U svetlu približavanja i ujednačavanja sa pravom Evropske unije, Republika Srbija je potpisala 2019. godine Konvenciju 108+ koja se odnosi na zaštitu lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka, čime je napravljen korak napred u domenu zaštite podataka.

Međunarodni pravni okvir

U okviru Evropske unije donet je veliki broj propisa od kojih značajno mesto pripada Direktivi o zaštiti podataka (*Directive 95/46/EC*),⁶ a koja je poslužila pri donošenju Opšte uredbe o zaštiti podataka (*Regulation 2016/679*)⁷, odnosno GDPR (u daljem tekstu: Opšta uredba). Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti predstavlja jedan od najznačajnijih međunarodnih akata u oblasti zaštite podataka, jer definiše međunarodne standarde i uspostavlja potrebnu ravnotežu.⁸ Pomoću Opšte uredbe se, između ostalog, obezbeđuje poštovanje prava i sloboda, sloboda

⁴ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti – ZZPL, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

⁵ Samo neka od njih su Pravilnik o obrascu pritužbe (*Službeni glasnik RS*, br. 40/2019), Odluka o utvrđivanju standardnih ugovornih klauzula (*Službeni glasnik RS*, br. 5/2020), Pravilnik o obrascu legitimacije ovlašćenog lica za vršenje inspekcijskog nadzora po Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti (*Službeni glasnik RS*, br. 61/2019).

⁶ Direktive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281.

⁷ Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 7 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119.

⁸ Stav 10 Premabule Opšte uredbe navodi da „u čitavoj Evropskoj uniji mora da se obezbedi dosledna i homogena primena pravila za zaštitu osnovnih prava i sloboda fizičkih lica u odnosu na obradu podataka o ličnosti.“

mišljenja, zaštita podataka kao i pravna sigurnost, obaveze i odgovornosti onih koji vrše obradu ličnih podataka. GDPR, možemo slobodno reći, jeste stariji brat našeg Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, jer su našim zakonom načela Opšte uredbe uvedena i u naš pravni sistem.

DEFINICIJA I ZNAČENJE IZRAZA

Podatak o ličnosti i obrada podataka

Podaci o ličnosti predstavljaju značajan deo čovekove ličnosti angažovane u pravnom prometu⁹ i zato pravo na zaštitu podataka o ličnosti treba da bude u skladu sa drugim osnovnim pravima. Definisanje izraza šta je „podatak o ličnosti“ i šta podrazumeva „obrada podataka o ličnosti“ nije jednostavno, posebno što u vremenu ubrzanog razvoja tehnologije, opšte globalizacije i prisustva fizičkih lica na društvenim mrežama (*Facebook, YouTube, Instagram*), gde svoje lične podatke sami čine dostupnim, preko svakodnevne komunikacije (tokom kupovine), gde pojedinac daje svoje podatke, a da toga nije ni svestan. ZZPL definiše „podatak o ličnosti kao svaki podatak koji se odnosi na fizičko lice, čiji je identitet određen ili odrediv, neposredno ili posredno“,¹⁰ dok obradu podataka o ličnosti vidi kao „svaku radnju ili skup radnji koje se vrše automatizovano ili neautomatizovano sa podacima o ličnosti ili njihovim skupovima kao što su prikupljanje, beleženje, grupisanje umnožavanje brisanje ili uništavanje“.¹¹ Iz citiranih definicija se vidi da su pojmovi široko shvaćeni i da obuhvataju mnoge radnje i podatke sa kojima se svakodnevno srećemo, a da nismo ni svesni da možda pohranjujemo neki podatak o ličnosti.

Podatak o ličnosti je dakle svaka informacija koja se odnosi na fizičko lice, po čijem nalogu, u čije ime i za čiji račun je informacija pohranjena.¹² Klasifikacija podataka o ličnosti se može vršiti na različite načine u zavisnosti da li se podaci prate u privatnoj,¹³ javnoj ili profesionalnoj sferi života pojedinca.¹⁴ Podaci o ličnosti koji se obrađuju od strane fizičkih lica za lične potrebe ili potrebe domaćinstva

⁹ Stefan Andonović, Dragan Prlja, *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Beograd, 2020, 13.

¹⁰ Čl. 4, st. 2 ZZPL.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Goran Mandić, Nenad Putnik, Mladen Milošević, *Zaštita podataka i socijalni inženjering-pravni, organizacioni i bezbedonosni aspekti*, Beograd, 2017, 251.

¹³ Autor je mišljenja da se sve tri oblasti u realnom životu fizičkog lica poklapaju i prepliću sa upotrebljenim podacima o ličnosti u jednoj od tri sfere.

¹⁴ S. Andonović, D. Prlja, op. cit., 18.

se izuzimaju i ne potpadaju pod pravni režim zaštite. Zakon iz 2008. godine, je predviđao širi krug podataka o ličnosti izuzet iz režima pravne zaštite, npr. podaci podeljeni u raznim objavama, kao i na društvenim mrežama shvatane su kao lični čin izražen slobodnom voljom da se lični podaci podele sa trećim licima.

Kod zaštite podataka o ličnosti vodi se računa o bezbednosti podataka i informacija. U ovom lancu povezanosti važno je razumeti da sam podatak upotrebom i obradom dobija novu vrednost i postaje informacija. Kada posmatramo podatke i informacije sa aspekta bezbednosti i zaštite, dolazimo do toga da je „osnovni cilj i svrha zaštite informacija očuvanje: poverljivosti, integriteta i raspoloživosti.“¹⁵

DRUŠTVA ZA OSIGURANJE U POSTUPKU PRIMENE ZZPL

Izazovi i problemi

Sve kompanije, pa i osiguravajuća društva su od početka primene ZZPL 2019. godine, bile u obavezi da svoja pravna akta urede vezano za ovu oblast u roku koji se smatra kao period usklađivanja. Implementacija novog zakona je podrazumevala da sve kompanije na jednom mestu imaju sve podatke o ličnosti koje obrađuju, koji procesi obrade postoje kao i baze podataka koje se obrađuju, a u cilju transparentnosti u radu i ispunjenju svojih obaveza. Velika novina u odnosu na prethodni zakonski okvir je upravo sinergija pravnog, organizacionog i tehničkog dela. U skladu sa time obaveza rukovaoca i obrađivača je ustanovljenje odgovarajućeg nivoa bezbednosti podataka o ličnosti što se postiže primenom tehničkih, kadrovskih i organizacionih mera.

Društva za osiguranje kao društveno odgovorne kompanije koje prikupljaju veliki broj podataka koji je i različit u zavisnosti od poslovnog procesa, pažnju posvećuju stepenu razvijenosti tehnoloških dostignuća, kao i obimu, svrsi obrade koja se vrši, a sve u cilju pravovremene ocene nastupanja rizika i nivoa ugroženosti lica čiji se podaci obrađuju. Ona se u tom postupku suočavaju sa izazovima u uspostavljanju sistema, a u vezi sa pitanjima koje lične podatke moraju da čuvaju, kako da ih obrađuju i kome dostavljaju, a da pritom ne naruše pravnu sigurnost korisnika osiguranja čiji podaci su predmet obrade. Dodatan izazov je činjenica da nadzornom organu, na njegov zahtev, moraju dokazati shodno postupanje.¹⁶ U tom smislu, osiguravajuća društva rade na permanentnom usaglašavanju svih pravnih akata sa svojim poslovnim procesima i veliku pažnju posvećuju zaštiti podataka

¹⁵ G. Mandić, N. Putnik, M. Milošević, op. cit., 26.

¹⁶ A. Faruda, op. cit., 239.

o ličnosti. Od momenta stupanja u kontak sa korisnikom usluge osiguranja prilikom informisanosti o konkretnom proizvodu, a u cilju zaključenja ugovora, odnosno prodaje polise osiguranja, preko ugovorenog pokrića susreću se sa različitim ličnim podacima osiguranika, korisnika usluge osiguranja.

Gledano sa aspekta prodaje osiguranja i ostalih procesa unutar društva za osiguranje, nameće se pitanje kako na tržištu osiguranja napraviti adekvatne proizvode i procedure koje ispunjavaju zahteve ZZPL, a ostati u okvirima poslovnih procesa. Obaveze koje proističu iz ZZPL predstavljaju opterećenje u poslovanju i udaljavanje od primarne delatnosti. Oni, između ostalog, imaju obavezu da obezbede dodatnu dokumentaciju kako bi agenat osiguranja upoznao postojeće i buduće korisnike usluge osiguranja sa novinama koje je doneo novi ZZPL.

Društva za osigurnje su u prilici da u skladu sa svojim poslovnim procesima obrađuju i posebne podatke o ličnosti za koje se predviđaju veće mere zaštite i odgovarajuća rešenja, kako bi se podaci čuvali na pravi način, što je u interesu kako kompanija tako i korisnika usluge osiguranja. Tako, na primer, kada su u pitanju životna osiguranja, pored identifikacionih podataka, često je potreban i upitnik o zdravstvenom osiguranju, a u nekim slučajevima se preporučuje i sistematski pregled u cilju utvrđivanja visine rizika osiguranika koji ulazi u osiguranje i korisniku se ponudilo adekvatno osiguranje.

Društvima za osiguranje je od značaja da prilikom procene rizika imaju na raspolaganju medicinske podatke koji se odnose na zdravlje lica zainteresovano za osiguranje, kao i da mogu izvršiti proveru podataka što je od značaja prilikom odlučivanja o pravu na naknadu iz osiguranja.¹⁷ Kako su obe strane zainteresovane za konačan ishod, nema problema prilikom prikupljanja ovih podataka, ali postoji veliki rizik od slučajnog ili namernog otkrivanja posebnih podataka o ličnosti. Opšta uredba u svojoj preambuli ističe da „podaci o ličnosti koji se odnose na zdravlje moraju da obuhvataju sve podatke koji se odnose na zdravstveno stanje lica na koje se podaci odnose, a koji otkrivaju informacije u vezi sa prošlim, sadašnjim ili budućim fizičkim ili psihičkim zdravstvenim stanjem lica na koje se podaci odnose“.¹⁸

Zakon decidno nabraja izuzetke u kojim slučajevima je obrada dopuštena. Obrada je dopuštena kada je dat pristanak lica na koje se podaci odnose. Zakon navodi da davanje pristanka bude izričito i jasno, da se može utvrditi da je pristanak dat za jednu ili više svrha obrade. Ukoliko obrada ima više svrha obrade, pristanak

¹⁷ Katarina Ivančević, „Obaveza informisanja osiguravača o okolnostima značajnim za ocenu rizika kod ugovora o osiguranju lica“, *Osiguranje i pravno-ekonomsko okruženje-širi i uži okvir*, Šabac 2022, 249.

¹⁸ Opšta uredba, stav 35 preambule.

se mora dati za sve od njih. Za pristanak je potrebno da bude dat potvrdnom radnjom „kojom se izražava dobrovoljan, konkretan, informisan i nedvosmislen pristanak lica na koje se podaci odnose na obradu podataka o ličnosti koji se odnose na njega“¹⁹ U tom smislu, pristankom se može smatrati kada korisnik prilikom posete internet strani štiklira određeno polje ili druga nedvosmislena radnja iz koje se jasno može zaključiti da je prihvaćena obrada podataka od strane lica na koje se podaci odnose. Naravno, ovde je bitno da korisnik ima svest o davanju svog pristanka i da olako ne popunjava sve obrasce koji se nude prilikom poseta određenim internet stranama ili prilikom pretraživanja, upravo zbog eventualne štete koja se može naneti korišćenjem tih podataka, što dovodi do povrede podataka o ličnosti.

Imajući u vidu napred navedeno, društva za osiguranje primenjujući odredbe ZZPL posebno vode računa o datom pristanku lica čiji se podaci obrađuju, posebno ukoliko su u pitanju posebni podaci o ličnosti, što je od značaja ukoliko dođe do povrede podataka o ličnosti i daljeg postupanja predviđenog zakonskom regulativom. Posledice povrede mogu dovesti do finansijskih gubitaka kompanije, povrede tajnosti podataka i informacija, eventualne krađe identiteta pojedinca i sl. Međutim, ako Poverenik utvrdi odgovornost društava za osiguranje za povredu prava osiguranika, on može izreći zabranu prikupljanja i dalje obrade podataka, što može dovesti do prekida poslovnog procesa koji je doveo do prekomerne obrade. Ovakva vrsta sankcije daleko je kompleksnija i sa većim posledicama od novčane kazne. Naime, u situacijama kada se dešavaju propusti vezani za zaštitu podataka o ličnosti, otvara se pitanje poverenja, dolazi do povlačenja iz takvih kompanija što se odražava i zahteva ispitivanje reputacionog rizika kompanije/društava za osiguranje.

Nadzorni organ, kada su u pitanju društva za osiguranje mora imati širu sliku o svim poslovnim procesima, kako bi se licima koja podnose pritužbe na rad društva za osiguranje bez adekvatnog osnova onemogućilo podnošenje neosnovanih zahteva. U skladu sa ZZPL, osiguranik koji je u saznanju da su mu povređena prava i da je došlo do povrede, odnosno da je došlo do otkrivenja posebnih podataka o ličnosti trećim licima ima pravo da zahteva da se njegovi zahtevi obrađuju sa posebnom pažnjom.

Još jedan u nizu izazova je svakako usaglašavanje ZZPL sa ostalim zakonima na osnovu kojih funkcionišu i obavljaju delatnost društva za osiguranje, što je njegova obaveza iz čl. 100. Iako je rok za ispunjenje ove obaveze bio kraj 2020. godine, do toga u poslednjem kvartalu 2022. godine još uvek nije došlo.

¹⁹ Opšta uredba, stav 32 preambule.

Pravni osnov obrade podataka o ličnosti od strane osiguravača

Na tržištu, u industriji osiguranja lice čiji se podaci prikupljaju i obrađuju mogu biti osiguranik, ugovarač osiguranja i treće oštećeno lice. U svrhu obavljanja osnovne delatnosti osiguravači prikupljaju podatke o ličnosti neposredno od lica na koja se odnose podaci, kao i od ugovarača osiguranja, javno dostupnih izvora, drugih osiguravajućih društava i drugo.

Pravni osnov obrade podataka o ličnosti koju vrše društva za osiguranje se temelji na izvršenju ugovorne obaveze na osnovu zaključenog ugovora sa licem na koje se podaci odnose i pristanku lica na koje se podaci odnose. Sa aspekta osiguravača i pravnih obaveza iz oblasti zaštite podataka, proizilazi da se obrada podataka o ličnosti u osiguravajućim društvima vrši u cilju zaključenja i izvršenja niza ugovora o osiguranju, saosiguranju, poslovnoj saradnji, reosiguranju. U skladu sa osnovom obrade podataka i pitanje obima obrade podataka o ličnosti je usko vezano i zavisi od vrste proizvoda osiguranja, a samim tim zavisi i od odšetnog/regresnog zahteva.

Kod ostvarenja legitimnih interesa osiguravači obrađuju podatke o ličnosti radi otkrivanja pokušaja prevara u osiguranju i drugih prevarnih radnji tokom zaključenja ugovora o osiguranju, kao i u postupku prilikom rešavanja odšetnih zahteva osiguranika. Obrađuju podatke u cilju informisanja prilikom oglašavanja o proizvodima i pogodnostima, kao i prilikom istraživanja tržišta u cilju ispitivanja zadovoljstva korisnika usluge osiguranja.

Primenjujući zakonsku regulativu prilikom obrade podataka, vodi se računa o pravilima koja definišu kako se informacije mogu prikupljati, obrađivati, skladištiti i čuvati, što dovodi do otežavanja obavljanja komplikovane delatnosti osiguranja, imajući u vidu broj učesnika u preuzimanju rizika.²⁰

Prava lica na koja se podaci o ličnosti odnose

Društva za osiguranje u ulozi Rukovaoca. - U skladu sa ZZPL postoji niz prava koja imaju lica čiji se podaci obrađuju, a rukovalac je u obavezi da obezbedi njihovu primenu. U praksi su društva za osiguranje u ulozi rukovaoca, imajući u vidu da rukovalac određuje svrhu i način obrade podataka o ličnosti. Niz prava čini: pravo na transparentnost, informisanost, pravo na pristup informacijama, ograničenje prava na pristup, pravo na ispravku, dopunu, brisanje, ograničenje i prenosivost, pravo na prigovor i automatizovano donošenje odluka.²¹ Zakon nalaže rukovaocu

²⁰ A. Faruđa, op. cit., 235.

²¹ Čl. 21-40 ZZPL.

da postupi i preduzme sve mere kako bi licu na koje se odnose podaci pružio sve potrebne informacije koristeći jednostavne reči na jasan, sažet, razumljiv način. Način na koji će se informacije pružiti je uslovljen konkretnim okolnostima, što znači da se informacije mogu pružiti u pisanom, ali i elektronskom obliku. Potrebno je da lice na koje se podaci o ličnosti odnose bude informisano da će se njegovi podaci obrađivati, da razume svrhu i prirodu obrade, da zna svoja prava u vezi podnošenja zahreva za ispravkom, brisanjem ili dopunom podataka i da da svoj pristanak za obradu istih. Obaveštenje sa informacijom o pravima lica na koja se podaci odnose uručuje se korisniku usluge osiguranja sa Potvrdom/Izjavom o prijemu Obaveštenja o uslovima prikupljanja i obrade podataka o ličnosti, koja sadrži i pristanak lica na obradu podataka.

Pravo lica na koje se podaci odnose je i pravo na pristup svim podacima, što se odnosi i na pristup podacima o zdravstvenom stanju, kao što su rezultati pregleda i laboratorije, dijagnoze, mišljenje doktora kao i svaka intervencija. Društvo za osiguranje je u obavezi da licu na koje se odnose podaci omogući i pristup sistemu na daljinu. U celokupnom postupku vodi se računa da pravo lica ne utiče na prava i slobode drugih lica, niti poslovnu tajnu društva za osiguranje.²²

Lice na koje se odnose podaci o ličnosti može podneti zahtev za ostvarivanje svojih prava, pri čemu može zahtevati informacije o obradi svojih podataka o ličnosti i sam pristup podacima, odnosno uvid u elektronskom i papirnom obliku. Ono najpre ima pravo da zahteva od društva za osiguranje kao rukovaoca potvrdu da li obrađuje njegove podatke, a zavisno od odgovora da traži pristup odnosno uvid u podatke, imajući u vidu da putem provere koje podatke o ličnosti rukovaoci obrađuju, vrše pristup ostvarenju svojih prava.²³ U skladu sa članom 26. ZZPL, lice ima prava na informacije, i to o svrsi obrade, o vrstama podataka o ličnosti koje se obrađuju, o roku čuvanja podataka o ličnosti, o pravu podnošenja tužbe Povereniku i sl.²⁴ Društva za osiguranje u ulozi rukovaoca podataka su u obavezi da po nalogu Poverenika kao nadzorno-regulatornog tela, dostave odgovore u propisanom roku, kao i sve potrebne informacije i dokumentaciju koja se potražuje. Tom prilikom kao obavezan dokument se dostavlja Evidencija/Upitnik o radnji obrade i proceni uticaja radnje obrade sa predviđenim tehničkim, kadrovskim i organizacionim merama koje je osiguravajuće društvo preduzelo, u cilju zakonite obrade podataka, uzimajući u obzir verovatnoću nastupanja rizika za prava i slobode

²² V. Opšta uredba, stav 63 preambule.

²³ Andrej Diligenski, Dragan Prlja, Dražen Cerović, *Pravo zaštite podataka*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2018, 121.

²⁴ Čl. 26 ZZPL.

fizičkih lica.²⁵ Osiguravajuće društvo dostavlja Povereniku dokaz o ispunjenosti obaveza prema licu na koje se podaci odnose, odnosno dokaz da je postupljeno po nalogu Poverenika, odnosno po pritužbi lica. To u praksi može biti npr. Zapisnik u kome se konstatuje da je licu na koje se podaci o ličnosti odnose odobren pristup informacijama koje poseduje društvo za osiguranje, bilo u papirnom ili elektronskom obliku. Zapisnik bi trebao sadržati zaljučke koje obe strane potpisuju.

Ukoliko društvo za osiguranje ne postupi po podnetom zahtevu i u rokovima, lice na koje se podaci o ličnosti odnose, svoja prava može ostvariti kroz pravna sredstva i lekove. Pravo lica na koje se odnose podaci je da podnese pritužbu Povereniku, pravo na sudsku zaštitu protiv odluke Poverenika, odnosno podnošenje tužbe sudu.

U skladu sa pravilima o zaštiti podataka, važna informacija za osiguranika je i da li se podaci prenose u drugu državu ili međunarodnu organizaciju. Ako je to slučaj, društva za osiguranje su posebno u obavezi da informišu lice na koje se podaci odnose, koje mere zaštite društvo primenjuje kada je u pitanju prenos podataka u zemlje u kojima nije utvrđeno postojanje primerenog nivoa zaštite, što povlači druga pitanja i obaveze osiguravača kao rukovaoca u takvim situacijama, gde se može prenos podataka obustaviti upravo zbog nedostatka bezbednosti.²⁶

STANDARDNE UGOVORNE KLAUZULE

Sadržina i pravna analiza

Poverenik je Odlukom²⁷ u skladu sa ovlašćenjima iz ZZPL izradio Standardne ugovorne klauzule, kojima se uređuje pravni odnos između rukovaoca i obrađivača i odnose se samo na obradu podataka o ličnosti. Standardne ugovorne klauzule su sastavljene od ugovornih klauzula i 8 (osam) priloga koji su sastavni deo ugovora. Standardne ugovorne klauzule treba posmatrati kao „pravni odnos u kome učestvuju lica, sa određenim pravima, obavezama i odgovornostima“²⁸ U pitanju je dakle dvostrani pravni posao u kome učestvuju dva pravna lica koja stvaraju uzajamne obaveze. Osnov za zaključenje ugovora nalazimo u Zakonu o obligacionim odnosima, Zakonu o osiguranju, Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti i donetim podzakonskim aktima Poverenika. Ugovor se sačinjava u pismenoj formi i njegova sadržina ugovorne strane obavezuje od momenta potpisivanja,

²⁵ *Ibidem*, 41.

²⁶ Čl. 50 ZZPL.

²⁷ Odluka o utvrđivanju standardnih ugovornih klauzula, *Službeni glasnik RS*, br. 5/2020.

²⁸ Predrag Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005, 22.

odnosno u periodu važenja Osnovnog ugovora koliko traje i obrada podataka ustanovljena predmetnim klauzulama.

Primenjujući regulativu zaštite podataka o ličnosti, društvo za osiguranje u poslovnim procesima u kojima ima elementa obrade podataka zaključuje Ugovor o obradi podataka o ličnosti u koji su implementirane predmetne klauzule. Društvo za osiguranje može biti u ulozi rukovaoca ili obrađivača, u zavisnosti od svrhe i načina obrade. Sa aspekta društva za osiguranje ugovornim klauzulama se reguliše pravni odnos između rukovaoca i obrađivača u vezi sa radnjama obrade podataka o ličnosti koje se od strane rukovaoca poveravaju obrađivaču.

U tački 5. Odluke o utvrđivanju standardnih ugovornih klauzula se navodi da: „ukoliko ugovorne strane ne primene u celini, odnosno izmene neku od odredbi Standardnih ugovornih klauzula, neće se smatrati da iste predstavljaju standardne ugovorne klauzule u smislu čl. 45. i 65. Zakona.“²⁹ U praksi integralni deo ugovornih klauzula ostaje nepromenjen, osim perioda trajanja ugovora i utvrđivanja nadležnosti suda.

Prilog 1. je vezan za predmet obrade, prirodu i svrhu obrade, vrste podataka o ličnosti i vrste lica na koje se odnose podaci i predstavlja sastavni deo ugovora koji se obavezno popunjava. Predmet obrade mogu biti podaci o ličnosti osiguranika, ugovarača osiguranja, poslovnih partnera, zakonskih zastupnika, zaposlenih u društvu i ostalih lica koja se pojavljuju u redovnim poslovnim procesima društva za osiguranje. U skladu sa konkretnim predmetom obrade potrebno je odrediti prirodu i svrhu obrade, kao i vrste lica na koje se podaci odnose. Vrste podataka o ličnosti mogu biti: identifikacioni podaci, ime i prezime, JMBG; adresa, broj telefona, broj polise osiguranja, period i iznos pokrica i drugo. Prilikom popunjavanja Priloga 1, od posebnog je značaja da li se obrađuju posebne vrste podataka o ličnosti. To mogu biti podaci o zdravstvenom stanju osiguranika, o vrsti telesne povrede, medicinskoj dokumentaciji i drugo. Članom 3. i 4. su propisane obaveze rukovaoca i obrađivača kao i ceo postupak davanja upustva i postupanja sa podacima o ličnosti prilikom obrade podataka.

Prilog 2. se odnosi na procedure koje društvo za osiguranje dostavlja drugoj strani kao obrađivaču o daljem postupanju kao i posledice ukoliko obrađivač smatra da pismeno upustvo dobijeno od strane društva za osiguranje nije u skladu sa zakonom. Društvo za osiguranje dostavlja relevantne podatke u cilju pojašnjenja upustva na osnovu kojih je obrađivač postupao.

Vodeći računa o određenom nivou bezbednosti u odnosu na rizik, ugovorne strane uvode i sprovode mere zaštite.³⁰ Bezbednost obrade je definisana članom 5.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ „Mere zaštite obuhvataju: 1) pseudonimizaciju i kriptozastitu podataka o ličnosti; 2) obezbeđivanje trajne poverljivosti, integriteta, raspoloživosti i otpornosti sistema i usluga obrade;

ugovornih klauzula. Prilog 3. je obavezan i u isti se unose dodatne mere zaštite, odnosno daje se opis tehničkih, organizacionih i kadrovskih mera potrebnih da bi obe ugovorne strane bile sigurne da će se u slučaju izazivanja incidenta, odnosno povrede podataka o ličnosti, primeniti mere definisane ovim prilogom. Društvo za osiguranje je u obavezi da pre poveravanja obavljanja poslovnog procesa utvrdi koje mere bezbednosti poseduje druga strana. Da li druga strana prilikom obrade podataka može obezbediti trajnu poverljivost, integritet, otpornost sistema i uslugu obrade? Može li osigurati da sistem ispravno radi i da se pohranjeni podaci o ličnosti ne mogu ugroziti zbog nedostatka sistema, da li je obezbeđena kontrola pristupa podacima, kao i da li se kontroliše pristup lokacijama sa podacima?

Društva za osiguranje prilikom obrade podataka posebno vode računa da se u slučaju povrede podataka od strane obrađivača sprovede kompletna procedura pribavljanja obaveštenja i podataka o nastalom incidentu. U Prilogu 4. se definiše rok, način obaveštavanja rukovaoca od strane obrađivača i čini sastavni deo ugovora. U skladu sa zakonom³¹ obrađivač je dužan da bez odlaganja, a najkasnije u roku od 24 sata nakon povrede podataka, obavesti rukovaoca da je došlo do povrede podataka o ličnosti i da postoji rizik po prava i slobode fizičkih lica, kojom prilikom pruža rukovaocu sve potrebne informacije, kao i dokumentaciju. Povreda podataka o ličnosti za društvo za osiguranje stvara obavezu obaveštavanja Poverenika o povredi podataka. Zakon nalaže da društvo kao rukovalac „obavesti Poverenika bez nepotrebnog odlaganja, ili u roku od 72 časa od saznanja za povredu“³² imajući u vidu da povreda podataka može proizvesti rizik po slobode i prava lica. Obelodanjivanje podatka o ličnosti fizičkog lica npr. da je član neke organizacije ili obelodanjivanje lekarske dokumentacije sa određenom dijagnozom nije iste težine i ne proizvodi iste posledice za lice.

Prilog 5. je obavezan deo i definiše angažovanje podobrađivača definisano članom 8. klauzula. Sadrži spisak odobrenih podobrađivača, kao i rok u kome rukovalac ima pravo da se izjasni o izboru ili zameni podobrađivača. U praksi se insistira na tačnom popunjavanju ovog priloga, posebno što je prilikom angažovanja podobrađivača potrebna saglasnost rukovaoca, kao i dokaz da će podobrađivač u svemu ispunjavati obaveze koje je obrađivač preuzeo.

3) obezbeđivanje uspostavljanja ponovne raspoloživosti i pristupa podacima o ličnosti u slučaju fizičkih ili tehničkih incidentat u najkraćem roku; 4) sprovođenje redovnog testiranja, ocenjivanja i procenjivanja delotvornosti tehničkih, organizacionih i kadrovskih mera bezbednosti obrade – član 5 Ugovornih klauzuala koje su utvrđene Odlukom o utvrđivanju standardnih ugovornih klauzula, *Službeni glasnik RS*, br. 5/2020.

³¹ Čl. 50 ZZPL.

³² Čl. 52 ZZPL.

Društvo za osiguranje je u obavezi da vodi računa da li se prilikom prenosa podataka o ličnosti, isti prenose u zemlje u kojima je u skladu sa Odlukom Vlade³³ obezbeđen primeren nivo zaštite, kako bi se pružila zaštita licu na koja se podaci odnose, kao i ostvarivost njegovih prava.

Član 10. klauzula definiše prenos podataka u druge države ili međunarodne organizacije. U skladu sa time Prilog 6. treba da sadrži spisak zemalja u kojima je odobren prenos podataka u zemljama u kojima je obezbeđen primeren nivo zaštite. Važno je napomenuti da bez saglasnosti društva za osiguranje kao rukovaoca, obrađivač ne može prenositi podatke o ličnosti u druge zemlje izvan Republike Srbije.

Ukoliko društvo za osiguranje ustanovi da od strane obrađivača nisu ispunjene ugovorne odredbe, sprovodi redovnu i vanrednu kontrolu obrađivača. Kontrola rada obrađivača je predviđena članom 11. klauzula i Prilog 7. opisuje radnje prilikom vršenja kontrole, rok, kao i način otklanjanja propusta učinjenih od strane obrađivača. Prilog 8. je sastavni deo ugovora i u istim se utvrđuju uslovi raskida ugovora, otkazni rok kao i odgovornost u slučaju raskida. Ovaj prilog nije obavezan deo ugovora ali iskustva iz prakse govore da je potrebno da isti bude potpun, posebno ukoliko obrađivač izvrši povredu, ne poštuje uputstva rukovaoca, ne dozvoljava vršenje kontrole i koristi podatke o ličnosti rukovaoca u svrhu i namenu za koji nisu ugovoreni.

Svaki prilog se posebno potpisuje od strane zastupnika obe ugovorne strane i na svakom prilogu se nalazi datum potpisa kako sa strane obrađivača tako i rukovaoca.

ZAKLJUČAK

Na osnovu navedenog, autor je mišljenja da je institut zaštite podataka još uvek na niskom nivou razumevanja, kako samog značaja čuvanja privatnosti lica i informacija, tako i kažnjavanja usled loše primene zakona, što se reflektuje i na industriju osiguranja. Globalizacija donosi novine na tržištu osiguranja, kao i u domenu bezbednosti i zaštite informacije, pri čemu je evidentna prisutnost različitih pretnji u realnom svetu i vremenu.

Republika Srbija je sa početkom primene novog ZZPL, pokazala da je spremna da svoj pravni sistem uredi i uskladi sa pravom Evropske unije. Novim zakonom se podiže svest o zaštiti privatnosti, a donosi novine i kod davanja pristanka

³³ Odluka o Listi država, delova njihovih teritorija ili jednog ili više sektora određenih delatnosti u tim državama i međunarodnim organizacijama u kojima se smatra da je obezbeđen primeren nivo zaštite podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2019.

u odnosu na raniju regulativu, te su i politike privatnosti razumnije i jasnije za svakog građanina. Sada lice na koje se podaci o ličnosti odnose ima niz prava, između kojih i pravo na zaborav, odnosno brisanje podataka o ličnosti bez odlaganja, što je novina.

Industrija osiguranja prati implementaciju i razvoj zaštite podataka o ličnosti i ide u susret svim izazovima koje promene donose. Učesnici na tržištu osiguranja moraju biti odgovorni za zaštitu ličnih podataka koji pripadaju korisniku usluge osiguranja. To se postiže jasnim obaveštenjima o politikama zaštite koje primenjuju, kao i da obezbede da su interna akta koja koriste usklađena sa ZZPL.

Danas, tri godine nakon donošenja i primene novog ZZPL u svim sverama našeg pravnog sistema, identifikovani su nedostaci, od usklađivanja sa drugim zakonima do nerazumevanja samih odredbi zakona. Kao nedostatak se mogu navesti propisane niske kazne za rukovoaoce i obrađivače. Kazne moraju biti primerene materiji koja se obrađuje da bi dale efekta i imale svrhu. Svi nedostaci se mogu dovesti u prihvatljiv pravni okvir izmenama sadašnjeg zakona.

Društva za osiguranje moraju svakodnevno vršiti edukaciju svojih zaposlenih na temu zaštite podataka, ukazujući na značaj primene kao i mogućnost velike zloupotrebe podataka koja može proizvesti dalekosežne posledice u zavisnosti od toga koji su podaci o ličnosti otkriveni i dalje distribuirani, kao i šta su proizveli. Zaposleni moraju biti svesni zakonitosti poslovanja prilikom obrade podataka o ličnosti.

SARITA OLEVIĆ
„Dunav osiguranje“, Belgrade

LEGAL AND ORGANIZATIONAL ASPECTS OF PERSONAL DATA PROTECTION IN INSURANCE WITH REFERENCE TO THE RIGHTS OF PERSONS TO WHOM THE PERSONAL DATA RELATES

Summary

Rapid development of technology has conditioned the collection of data in various ways, many of which are inadequate and do not provide any form of protection to the individual, all over the world. In addition to advantages of the IT development, the number of collections of personal data has become alarming, especially since every minute in the virtual world, data measured in millions of figures is collected and simultaneously misused in various ways. Duty to apply the provisions prescribed by the Law on Personal Data Protection also refers to insurance companies, which during their primary business activity come into contact with personal data of their insureds/insurance service users. In terms of further modernization of the legal and organizational framework, the provisions

of the applicable regulations were analysed in the paper, starting from the basic law regulating this important activity, which is the Law on Personal Data Protection, and then other by-laws that regulate the protection of personal data, while also suggesting solutions for better regulation of the matter in the insurance sector.

Key words: commissioner's clauses, personal data, rights of persons to whom personal data refer, handler, consent

Literatura

- Andonović S., „Obaveza imenovanja lica za zaštitu podataka u organima uprave“, *Savremena uprava*, Beograd, 2019.
- Andonović S., Prlja, D., *Osnovi prava zaštite podataka o ličnosti*, Beograd, 2020.
- Faruđa, A., „Opšta uredba o zaštiti podataka EU i moderna praksa preuzimanja rizika u osiguranje: analiza(ne) uspešnosti iz ugla industrije osiguranja“, *Moderni aspekti zakonskog i regulatornog koncepta osiguranja*, Šabac, 2020.
- Diligenski A., Prlja D., Cerović D., *Pravo zaštite podataka*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2018.
- Ivančević K., „Obaveza informisanja osiguravača o okolnostima značajnim za ocenu rizika kod ugovora o osiguranju lica“, *Osiguranje i pravno-ekonomsko okruženje-širi i užii okvir*, Šabac, 2022.
- Mandić G., Putnik N., Milošević M., *Zaštita podataka i socijalni inženjering-pravni, organizacioni i bezbedonosni aspekti*, Beograd, 2017.
- Olević S., „Pravno-organizacioni aspekti poveravanja poslova trećim licima u osiguranju“, *Pravni život*, br. 11/2019, Beograd, 2019.
- Prlja, D., Diligenski, A., „Pravni aspekti neutralnosti internet mreže“, *Strani pravni život*, br. 3/2021, Beograd, 2021.

STRUČNI RAD

VITOMIR POPOVIĆ

NATAŠA SAVKOVIĆ

ZNAČAJ BANKARSKE GARANCIJE U DOMAĆIM I MEĐUNARODNIM PRIVREDNIM TOKOVIMA

Bankarska garancija predstavlja pisanu obavezu plaćanja, kojom se banka (garant) obavezuje da će na pisani zahtjev korisnika isplatiti određeni novčani iznos, ako su ispunjeni uslovi iz garancije. Osnovna funkcija bankarske garancije je obezbjeđenje izvršenja ugovornih obaveza iz osnovnog pravnog posla, jer bankarska garancija nije ni instrument finansiranja ni instrument kreditiranja ili plaćanja. Pod pojmom bankarska garancija, u privrednoj (trgovačkoj) praksi se često podrazumijevaju različiti pravni instituti, koji imaju za cilj obezbjeđenje ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza, što predstavlja bankarsku garanciju u širem smislu. Za razliku od navedenog, bankarska garancija u užem smislu je poseban pravni institut sa specifičnim karakteristikama koje će biti predmet analize ovog rada. Usvajanjem Jednoobraznih pravila u nekoliko navrata Međunarodna trgovačka komora u Parizu izvršila je kodifikaciju načela koja su se izgradila u privrednoj (trgovačkoj) praksi u vezi sa regulisanjem bankarske garancije.

Ključne riječi: bankarska garancija, instrument obezbjeđenja, privredna (trgovačka) praksa, Jednoobrazna pravila

U V O D

Bankarska garancija (engl. *bank guarantee*) pojam je koji označava specifičan pravni institut osiguranja potraživanja, tj. sredstvo osiguranja obaveza stranaka iz ugovornog odnosa, odnosno zaštitu od rizika neizvršenja ili neurednog izvršenja

Akademik prof. dr Vitomir Popović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: vitomirpopovic20@gmail.com.

Nataša Savković, master pravnik, šef Sektora za pravne poslove u Fondu za zaštitu životne sredine i energetske efikasnost Republike Srpske, Banja Luka, e-mail: natasa.savkovic@ekofondrs.org.

preuzetih obaveza po osnovu ugovornog odnosa. Bankarska garancija, kao sredstvo osiguranja potraživanja, pojavila se šezdesetih godina 20. vijeka, u vezi sa investicionim ugovorima u zemljama u razvoju, dok je početak šire upotrebe usko povezan sa naftnom krizom i recesijom tokom sedamdesetih godina istog vijeka. Naime, izvoznici su tražili od inostranih partnera bankarske garancije, jer se nisu ispunjavale već ugovorene obaveze usljed odluke mnogih država da zabrane ili ograniče uvoz i/ili izvoz radi zaštite domaće privrede.

Bankarska garancija je nastala u međunarodnoj poslovnoj praksi i institut je autonomnog trgovačkog prava, mada se često primjenjuje i u unutrašnjem privrednom prometu, iako po pravilu nije uređena nacionalnim propisima u velikom broju država, što za posljedicu ima određenu pravnu nesigurnost u primjeni ovog sredstva. Važno je reći da je u Republici Srpskoj, odredbama Zakona o obligacionim odnosima (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04 – u daljem tekstu: Zakon o obligacionim odnosima), uređena bankarska garancija, te da u pravnom sistemu Republike Srpske postoji određena sigurnost u primjeni ovog sredstva osiguranja. Na bankarske garancije, pored Zakona o obligacionim odnosima, primjenjuju se i Jednoobrazna pravila za garancije.¹

Bez obzira na nesigurne početke i nepotpuno razumijevanje pravog značenja bankarske garancije, došlo je do njenog razvoja kroz bogatu sudsku i arbitražnu praksu, te pravnu nauku, kao i rad međunarodnih organizacija, tako da danas postoji dobro oblikovano bankarsko sredstvo, bez kojeg bi bilo teško zamisliti savremenu međunarodnu trgovinu.

IZVORI PRAVA

Međunarodni izvori

Međunarodna trgovačka komora u Parizu (u daljem tekstu: MTK) usvojila je nekoliko jednoobraznih pravila, te na taj način izvršila kodifikaciju načela koja su se izgradila u trgovačkoj praksi u vezi sa regulisanjem bankarske garancije. Ova pravila su doprinijela boljem razumijevanju pravne prirode bankarskih garancija i njihovom međusobnom razlikovanju. Jednoobrazna pravila su pomogla pri razvrstavanju bankarskih garancija, a razjasnila su i razliku između bankarskih garancija na poziv i bankarskih garancija koje su slične jamstvu, kao i garancija pod nazivom bondovi. MTK je izdala nekoliko vrsta jednoobraznih pravila za bankarske garancije i nekoliko zbirki, i to: Pravila za ugovorne garancije (*Uniform Rules for Contract Guarantees*), MTK publikacija broj 325 (1978); Pravila za garancije na poziv (*Uniform Rules*

¹ Uniform Rules for demand Guarantees ICC, Publikacija br. 458.

for Demand Guarantees of International Chamber of Commerce), MTK publikacija broj 458 (1992); Pravila za ugovorne bondove (*Uniform Rules for Contract Bonds*), MTK publikacija broj 524 (1993); Pravila za garancije na zahtjev (*Uniform Rules for Demand Guarantees*), MKT br. 758 (2009). Pored navedenog, važno je spomenuti i Konvenciju o nezavisnim garancijama i *standby akreditivima*, iz 1995. godine.

Nacionalni izvori

U Republici Srpskoj je posao bankarske garancije regulisan Zakonom o obligacionim odnosima, i to čl. od 1083. do 1087, kojima je između ostalog utvrđeno: da se bankarskom garancijom obavezuje banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji; da garancija mora biti izdata u pismenoj formi; te da banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza.²

Odredbama Zakona o obligacionim odnosima uređena su na dispozitivan način samo neka pitanja u vezi bankarskih garancija, pa se za ona pitanja koja nisu utvrđena ovim zakonom primjenjuju Jednoobrazna pravila i u unutrašnjem prometu. Ugovorne strane mogu ugovoriti izričitu primjenu Jednoobraznih pravila, a u inostranoj sudskoj praksi su poznati slučajevi da su nacionalni sudovi primijenili Jednoobrazna pravila, iako nisu bila izričito ugovorena.

S druge strane, mali broj zemalja je posao bankarske garancije regulisao zakonom, bilo u okviru građanskog ili trgovačkog zakonodavstva, ili drugim posebnim propisima. Tako su npr. Bahrein, Kuvajt, Irak i Jemen bankarsku garanciju uredili kroz trgovačko zakonodavstvo, kao i 15 OHADA država Zapadne Afrike, dok je u Saudijskoj Arabiji, Iraku i nekim državama Sjeverne Afrike posao bankarske garancije uređen imperativnim propisima.³

POJAM I PRAVNA PRIRODA BANKARSKE GARANCIJE

Pojam bankarske garancije

Bankarska garancija je pravni posao u kojem jedno lice (garant), na zahtjev drugog lica, i po njegovim instrukcijama, preuzima samostalnu i neopozivu obavezu

² Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, odredbe čl. od 1083. do 1087.

³ V. i Norman Röchert, *Performance Guarantees on First Demand and the Fraud Exception in International Trade*, University of Cape Town School for Advanced Legal Studies, Minor Dissertation, Cape Town, 8 June 2007, 18.

da korisniku garancije (trećem licu), isplati iznos iz garancije samo ako je ispunjen uslov naveden u garanciji. Bankarske garancije se u osnovi grupišu u dvije vrste, i to: uslovne – koje karakteriše pravo korisnika garancije da traži isplatu garantovanog iznosa tek kada dokaže da je ispunjen uslov iz garancije, a koji se odnosi na ispunjenje obaveze iz osnovnog posla i bezuslovne – kod kojih korisnik može zahtijevati isplatu i bez dokazivanja da je dužnik iz osnovnog posla ispunio svoje obaveze.

Odredbama Jednoobraznih pravila, bankarska garancija na poziv je u čl. 2a definisana kao „svaka garancija, bond ili druga obaveza plaćanja, bez obzira na naziv ili opis, od strane banke, osiguravajuće kompanije ili drugog pravnog ili fizičkog lica (garant), koja je data u pisanoj formi, za plaćanje određenog iznosa po prezentaciji, u skladu sa uslovima preuzete obaveze, pisanog poziva za plaćanje i drugog(ih) dokumenta (dokumenata) kao što je navedeno u garanciji, s tim da je takva obaveza data: na zahtjev ili po instrukcijama i uz odgovornost strane (principala), ili na zahtjev ili po instrukcijama i uz odgovornost banke, osiguravajuće kompanije ili bilo kog drugog pravnog ili fizičkog lica (nalogoprimac) koje postupa po instrukcijama principala, drugoj strani (korisniku)“.⁴

Bankarska garancija je formalno pravni posao, što znači da mora biti sačinjena u pisanoj obliku, jer u suprotnom nema pravnu snagu. Pisani oblik bankarske garancije utvrđen je odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Pod izrazom „*bankarska garancija*“ ponekad se podrazumijeva samo isprava, najčešće i imenovana kao bankarska garancija, koju banka dostavlja korisniku. Postoje i drugi načini kojima se trajno mogu sačuvati podaci iz bankarske garancije, a koje sudska praksa uvažava. Time se štite interesi svih učesnika u ovom poslu, jer se u svakom trenutku mogu provjeriti obaveze, uslovi i rokovi utvrđeni u bankarskoj garanciji.

U bankarskoj garanciji je obavezno navesti: subjekte – ko i kome treba platiti, predmet i obim garancije – što i pod kojim uslovima banka treba učiniti, iznos i valuta garancije – koliko i u kojoj valuti treba platiti, rok važenja garancije – do kada banka ima obavezu plaćanja, ostali uobičajeni elementi – o mjerodavnom pravu, o snošenju troškova izdavanja i slično, kojima se preciziraju prava i obaveze iz garancije čime se povećava pravna sigurnost za učesnike ovog posla.

Pravna priroda bankarske garancije

Bankarska garancija je uslužni posao kojim banka garantuje povjeriocu da će uredno izmiriti ugovorom preuzetu obavezu dužnika ako dužnik o dospelosti to

⁴ Sličnu definiciju sadrži i Konvencija UN o nezavisnim garancijama i stendbaj akreditivima, čl. 2.

ne učini. Pravna teorija je iz ove definicije bankarske garancije izvela zaključak da bankarska garancija nije ugovor, već je po svojoj pravnoj prirodi jednostrani pravni posao, jer se banka obavezuje prema korisniku jednostranom izjavom volje, izraženoj u datoj garanciji. Korisnik garancije se može koristiti garancijom bez obzira na njegovu saglasnost sa uslovima garancije. Postoje i druga mišljenja u pravnoj teoriji prema kojima je bankarska garancija ugovor, ali jednostrano obavezan jer obaveza nastaje samo za banku.

Bankarska garancija je obaveza banke, koju banka preuzima na sebe kao garant, i koja nije u vezi sa odnosom između povjerioca i dužnika iz osnovnog posla. Dakle, banka kao pravno lice, ugovaranjem bankarske garancije, preuzima na sebe obavezu koja je, u odnosu na dužničko povjerilački odnos povodom kojeg je izdata, potpuno nezavisna. U ovom slučaju obaveza banke može biti samo obaveza plaćanja utvrđenog novčanog iznosa (čl. 1084 ZOO). Davanjem garancije banka se obavezuje korisniku garancije da će mu naknaditi štetu koju trpi zbog neurednog izvršenja obaveze iz osnovnog posla (od strane nalogodavca za izdavanje bankarske garancije) do iznosa navedenog u garanciji. Banka koja izdaje garanciju obezbjeđuje povjerioca iz osnovnog posla – lice u čiju je korist izdala garanciju, od rizika neispunjenja ili neurednog ispunjenja obaveze od strane dužnika iz osnovnog posla – davaoca naloga za izdavanje garancije, nadoknadom štete (obeštećenjem) korisnika garancije kroz isplatu utvrđenog novčanog iznosa upisanog u garanciji. Iz navedenog slijedi zaključak da je bankarska garancija dvostrani pravni posao sa jednostranom obaveznom, jer nastaje ugovorom između dvije ugovorne strane, ali jednostrano obavezni ugovor kojim nastaje obaveza za banku prema korisniku garancije, dok korisnik garancije nema nikakvu obavezu prema banci.

Bankarska garancija sadrži безусловnu obavezu banke da izvrši isplatu po zahtjevu korisnika (povjerioca iz osnovnog posla), ako se ispune uslovi navedeni u garanciji, što je čini sredstvom osiguranja izvršenja najvećeg stepena bezbijeđenosti za korisnika. Obaveza sadržana u bankarskoj garanciji po svojoj pravnoj prirodi je apstraktna, jer je u odnosu na osnovni ugovor koji je zaključen između dužnika (nalogodavca za izdavanje bankarske garancije) i povjerioca (korisnika bankarske garancije) samostalna i nezavisna. S tim u vezi, banka ne može isticati prigovore iz osnovnog ugovora prema korisniku, već samo prigovore iz ugovora o garanciji. Jedina obaveza banke je da utvrdi da li su ispunjeni uslovi iz garancije, jer je potpuno nezavisna od osnovnog ugovora i odnosa ugovornih strana koji iz njega nastaju. Naplata iz garancije se vrši bez prethodne saglasnosti nalogodavca, pa čak i protiv njegove volje, što položaj nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) čini nepovoljnijim u odnosu na ostala sredstva obezbjeđenja ugovora.

U poslovnoj praksi se sve više koriste bankarske garancije na prvi poziv (*on first demand guarantee*), jer se njima obezbjeđuje potrebna ravnoteža interesa između nalogodavca i korisnika, tj. dužnika i povjerioca iz osnovnog posla. Banka, kao nezavisna i likvidna institucija, preuzima samostalnu i nezavisnu obavezu plaćanja (na prvi poziv), kada je na to pozove korisnik. U poslovnim transakcijama finansijske prirode (zajmovi, izdavanje obveznica, preuzimanje raznih finansijskih obaveza) i nefinansijske prirode (ugovori o građenju, o kupoprodaji, o najmu i sl.), za koje nema drugog efikasnog sredstva obezbjeđenja, koriste se ove bankarske garancije, čime se pokrivaju rizici. Naplata bankarskih garancija je jednostavna, a pokreće se upućivanjem utvrđenog zahtjeva banci da se izvrši isplata garantovane sume.

PRAVNI ODNOSI I OBAVEZE MEĐU UČESNICIMA

Pravni odnosi među učesnicima

U pravnom poslu ugovaranja bankarske garancije uvijek učestvuju najmanje tri subjekta, koji međusobno ulaze u posebne odnose, i to:

- 1) nalogodavac (principal) – lice na čiji zahtjev banka otvara bankarsku garanciju,
- 2) banka garant (garant) – banka koja izdaje bankarsku garanciju na zahtjev nalogodavca,
- 3) korisnik (beneficijer) – lice u čiju korist banka otvara bankarsku garanciju.

U ovom poslu, među subjektima nastaju najmanje tri odnosa, i to između:

- 1) dužnika (nalogodavca) i povjerioca (korisnika) iz osnovnog ugovora,
- 2) nalogodavca i banke garanta,
- 3) banke garanta i korisnika garancije.

Pravni odnos između korisnika garancije i trećeg lica, koje je zbog tog odnosa od banke zatražilo izdavanje garancija, naziva se osnovni odnos. To je odnos između dužnika i povjerioca iz osnovnog ugovora na kojem se zasnivaju svi ostali odnosi u poslu garancije, i u kojem se dužnik obavezuje naložiti banci izdavanje garancije. Poslije prihvatanja naloga od strane banke nastaje pravni odnos između banke garanta i nalogodavca. U tom odnosu banka preuzima obavezu plaćanja iznosa iz garancije korisniku (povjeriocu iz osnovnog odnosa) izdavanjem bankarske garancije, ako se ispune uslovi navedeni u garanciji, čime se zasniva pravni odnos između banke garanta i korisnika garancije.

Funkcija bankarske garancije je osiguranje ispunjenja obaveze iz drugog pravnog posla (osnovnog ugovora) u kojem se uz uslove ugovara bankarska garancija kao sredstvo obezbjeđenja ispunjenja obaveza. Predmet osnovnog ugovora može biti svaka dopuštena nenovčana i novčana obaveza velike vrijednosti. Neispunjenjem ili neurednim ispunjenjem obaveze od strane dužnika, povjerilac stiče pravo da raskine ugovor i od dužnika traži naknadu štete. Dužnik se u osnovnom ugovoru posebnom klauzulom obavezuje obezbijediti garanciju određene banke, radi osiguranja povjeriočevog potraživanja. Klauzula o bankarskoj garanciji mora biti jasna i precizna, tako da se isključuju bilo kakva tumačenja ugovora. Iako osnovni odnos pravno gledano nije dio garantnog posla, na njemu se grade svi ostali pravni odnosi u garantnom poslu.

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) i banke koja izdaje garanciju (garanta) nastaje ugovorom o izdavanju bankarske garancije, kojim se banka obavezuje da će korisniku (trećem licu) izdati garanciju, a nalogodavac se obavezuje da će banci platiti proviziju i nadoknaditi ostale troškove za izvršenu uslugu.

Odnos nalogodavca i banke u garantnom poslu je kao odnos nalogodavca i nalogoprimca iz ugovora o nalogu, a koji je dvostrano obavezni ugovor. Obaveza banke je da izda garanciju, a nalogodavca da platiti banci za izvršenu uslugu, pri čemu svaka strana ima pravo da odbije ispunjenje svoje obaveze dok druga strana ne ispuni svoju obavezu. Obaveza banke iz bankarske garancije uvijek je novčana obaveza.

Obaveze banke

Izdavanjem bankarske garancije banka garant preuzima obavezu da će korisniku garancije (povjeriocu iz osnovnog posla) isplatiti garantovanu sumu ukoliko nalogodavac (dužnik iz osnovnog posla) ne izvrši ili neuredno izvrši svoje obaveze (preuzete po osnovnom poslu) u predviđenom roku. Obaveza banke je uvijek novčana obaveza, nezavisno od vrste obaveze iz osnovnog posla, odnosno obaveze čije se ispunjenje osigurava izdavanjem bankarske garancije. Ovo je važno naglasiti s obzirom na to da se bankarske garancije, prema riziku od čijeg se nastupanja osigurava – svrsi izdavanja, dijele na: garancije za ozbiljnost ponude, garancije za dobro izvršenje posla i garancije plaćanja, pa bi moglo doći do pogrešnog povezivanja vrste obaveze čije se ispunjenje osigurava sa bančinom obavezom iz garancije. Dakle, nezavisno od vrste obaveze čije se ispunjenje osigurava, obaveza banke je uvijek novčana.

Nepostojanje pravne veze između osnovnog ugovora i odnosa banke sa korisnikom iz bankarske garancije, tj. samostalnost i nezavisnost obaveze banke iz

garancije u odnosu na osnovni pravni posao, ukazuje na činjenicu da su za ocjenu odnosa banke i korisnika relevantni samo uslovi isplate navedeni u bankarskoj garanciji. U momentu kada korisnik primi garanciju (ispravu) nastaje obaveza banke prema njemu.

Istekom roka, odnosno nastupanjem događaja predviđenog u garanciji, prestaje postojanje obaveza banke po izdatoj garanciji, jer predviđeni rok ima svojstvo raskidnog roka, a događaj svojstvo raskidnog uslova. Možemo zaključiti da su osnovna svojstva obaveze koju banka ima iz garancije: samostalnost, apstraktnost i vremenska ograničenost (ugovaranje roka važenja).

Podnošenje pisanog zahtjeva od strane korisnika je pretpostavka obaveze isplate utvrđenog iznosa iz garancije od strane banke. U praksi se rijetko podnose drugi dokumenti banci kao pretpostavka njene obaveze isplate garancije. Korisnik ne dokazuje banci da ima pravo naplate, samo podnosi zahtjev, koji je u skladu sa uslovima iz garancije, u kojem navodi da je stekao pravo naplate. Zahtjev za isplatu, bez izjave nalagodavca o neispunjenju, nije dovoljan u slučajevima kada se primjenjuju odredbe Jednoobraznih pravila, dok Zakon o obligacionim odnosima ne zahtijeva takvu izjavu. Na osnovu čl. 20 Jednoobraznih pravila pisani zahtjev za isplatu garancije obavezno, u tekstu ili odvojenom dokumentu, sadrži izjavu korisnika o tome da nalagodavac nije ispunio ili da je povrijedio obavezu osiguranu garancijom, te opis povrede – na koji način je obavezu povrijedio. Ovako data izjava je dokaz o savjesnosti korisnika garancije u momentu podnošenja zahtjeva za isplatu. Bez obzira na to što je garancija potpuno nezavisna od osnovnog ugovora, ipak ih veže uzročno-posljedična veza, jer neispunjenje obaveze dužnika iz glavnog ugovora (nalagodavca) uzrokuje ispunjenje obaveze banke garanta iz garancije, što znači ispunjenje uslova iz garancije i isplatu garantovane sume.

Ostali pravni odnosi

U međunarodnom poslovanju redovna pojava je uključivanje još jedne banke u posao bankarske garancije. Najčešće povjerilac iz osnovnog ugovora (korisnik garancije) zahtijeva izdavanje garancije preko banke koja se nalazi u državi njegovog sjedišta ili zahtijeva da njegova banka izda garanciju ili kontragaranciju. U ovom slučaju u poslu bankarske garancije učestvuju četiri aktera: nalagodavac (dužnik iz osnovnog ugovora), banka garant (koja je istovremeno i nalagodavac), druga banka (u sjedištu povjerioca) i korisnik (povjerilac iz osnovnog posla).

Uloga druge banke može biti avizirajuća ili garantujuća. U slučaju aviziranja druga banka samo obavještava korisnika o garanciji koju je izdala prva banka, što znači da obaveza plaćanja ostaje na prvoj banci. Međutim, ako druga banka preuzme

garantujuću ulogu, ona preuzima samostalnu ulogu garanta prema korisniku. Druga banka može samo potvrditi garanciju, u tom slučaju korisnik se može obratiti i prvoj i drugoj banci za naplatu. Garancija može biti izdana i na osnovu kontragarancije, tada se korisnik može obratiti isključivo drugoj banci za plaćanje, koja će tražiti povrat plaćenog iznosa od prve banke.

RAZGRANIČENJE SA SLIČNIM POSLOVIMA

Preko utvrđenih sličnosti i razlika vrši se razgraničenje bankarske garancije prema sličnim poslovima, što pored teorijskog ima i praktični značaj.⁵

Praksa pokazuje da se prilikom sastavljanja garancije često koriste izrazi i formulacije iz različitih srodnih poslova (najčešće jemstva) koji se međusobno isključuju ili, u najmanju ruku, stvaraju sumnju u pogledu njihovog pravnog značenja, čime se usporava pravni promet, a sam posao garancije bez potrebe kompromituje.⁶

Odnos prema jemstvu

Između građanskopravnog i privrednopravnog (bankarskog) ugovora o jemstvu i bankarske garancije postoje bitne sličnosti, ali i značajna razlika, koja se ogleda u tome što jemac odgovara za tuđu obavezu, a kod bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu. Pravna zavisnost jemčeve obaveze u odnosu na obavezu glavnog dužnika iz osnovnog posla označava se kao *akcesornost* i prema shvatanju pravne teorije i prakse predstavlja osnovni i glavni kriterijum razlikovanja jemstva od bankarskih garancija.⁷

Jemstvo pruža sigurnost povjeriocu samo od rizika insolventnosti dužnika, ali ne od rizika pravnog postojanja obaveze dužnika u slučaju ako osnovni posao nije punovažno nastao, ili je kasnije prestao ili je postao nepunovažan. Sljedeće svojstvo obaveze jemstva je *supsidijarnost*, koja slijedi iz akcesornosti, a u praksi znači da se mora poštovati redoslijed zahtjeva za ispunjenje, odnosno da se povjerilac prvo mora obratiti dužniku iz osnovnog posla, pa ako od njega ne dobije ispunjenje, stiče pravo da se obrati jemcu. Kao treća razlika ističe se *pravo na prigovore*,

⁵ Više o pitanju razgraničenja kod bankarskih garancija, Aleksandar Jakšić, „Bankarska garancija sa elementom inostranosti“, *Pravni život*, 11–12, Beograd, 1993, 1745; Ljudevit Rosenberg, *Pravo međunarodnih plaćanja*, drugi svezak, Zagreb, 1975, 141.

⁶ Vitimir Popović, Radovan Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo – Posebni dio – Ugovori međunarodne trgovine*, Banja Luka, Kragujevac, 2010, 498.

⁷ Lj. Rosenberg, op. cit., 139–143; S. Šogorov, op. cit., 24, 84; Zoran Antonijević, Milan Petrović i Božidar Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982, 245; B. Kozolchyk, op. cit., 21–25.

koja takođe proističe iz akcesornosti. Naime, jemac ima ovlašćenje da ističe sve prigovore glavnog dužnika protiv povjeriočevog zahtjeva (i prigovor prebijanja), osim ličnih prigovora dužnika. Jemac može istaći prigovor na devizno pravne zabrane, te prigovore da je obaveza djelimično ili u potpunosti ispunjena, ili je prestala ili da nije ni nastala, ali i istaći svoje lične prigovore (ništavost ugovora o jemstvu, zastarjelost povjeriočevog potraživanja prema njemu, prigovor prebijanja uzajamnih potraživanja). Međutim, kod bankarske garancije banka garant ima pravo da, pored subjektivnih – ličnih prigovora, ističe samo objektivne prigovore (prigovore koji neposredno izviru iz garancije). Pravo na prigovore je od velike važnosti u praktičnoj primjeni, jer ograničenje prava na prigovore koji se svode samo na one koji izviru iz garancije daje sigurnost korisniku da na brz i jednostavan način naplati garantovani iznos, čime su njegovi interesi zaštićeni u najvećoj mogućoj mjeri.

Između jemstva i bankarske garancije postoje razlike i u iznosu obaveze, načinu prestanka, te subrogaciji. Obaveza banke garanta je fiksna dok obaveza jemca može da varira. Trajanje obaveze banke garanta određeno je samom garancijom i njenom prirodom, tj. vrstom, dok jemstvo prestaje automatski (sa prestankom obaveze glavnog dužnika) ili samostalno, iz razloga koji su navedeni u ugovoru o jemstvu (raskidom, poništenjem, protekom vremena). Pravo na regres nakon isplate garancije je određeno ugovorom o davanju garancije između banke garanta i nalogodavca, dok na jemca koji je namirio povjeriočevo potraživanje *ex lege* prelazi potraživanje sa svim sporednim pravima i garancijama njegovog ispunjenja.

Odnos prema dokumentarnom akreditivu

Dokumentarni akreditiv i bankarsku garanciju povezuje sličnost u pogledu njihovog nastanka, kao i funkcije koju obavljaju. Ova dva pravna posla služe kao sredstvo obezbjeđenja u međunarodnoj trgovini robama i uslugama, odnosno kao garancija uspješne realizacije osnovnog ugovora. Međutim, dok je to osnovna i jedina funkcija garancije, dokumentarni akreditiv služi prije svega kao sredstvo plaćanja, a tek paralelno i istovremeno sa tom funkcijom i kao sredstvo obezbjeđenja.⁸ Dokumentarni akreditiv i bankarska garancija su nezavisni i samostalni pravni poslovi u odnosu na osnovne ugovore.

Razlog njihovog nastanka ogleda se u potrebi smanjenja rizika za neizvršenje dužnikovih obaveza, te nepovjerenje povjerioca ili banke u dužnika ukoliko nije u mogućnosti da izvrši provjeru boniteta dužnika, s tim da dokumentarni akreditiv služi kao sredstvo obezbjeđenja obje ugovorne strane – povjerioca i dužnika,

⁸ V. Popović, R. Vukadinović, op. cit., 502.

a bankarska garancija štiti interese samo korisnika garancije koji može biti ili povjerilac ili dužnik iz osnovnog posla. U ova dva pravna posla, obaveza koju preuzima banka je neopoziva i apstraktna prema korisniku.

Takođe, realizacija oba posla počiva na uredno podnesenim dokumentima, s tim da svrha i priroda podnesenih dokumenata nije ista. Naime, podnošenje dokumenata banci na saobraznu prezentaciju kod dokumentarnog akreditiva znači da je korisnik akreditiva uredno ispunio svoju obavezu iz osnovnog ugovora, dok kod bankarske garancije podnošenje zahtjeva sa dokumentima ili bez dokumenata znači suprotno, tj. da druga strana nije ispunila svoje obaveze iz osnovnog ugovora. U tom smislu, dokumentarnim akreditivom se plaćaju novčane obaveze iz osnovnog ugovora, tj. teži se njegovoj realizaciji, dok se bankarska garancija aktivira samo ukoliko se obaveze iz osnovnog ugovora ne izmire, tj. korisnik ne teži njenoj realizaciji.

PREDNOSTI I NEDOSTACI BANKARSKIH GARANCIJA

Bankarske garancije dijelimo po različitim kriterijumima, a najčešće je to podjela prema: prirodi obaveze banke garanta (kauzalne i apstraktne), uslovima isplate garantne sume (uslovne i bezuslovne) i predmetu garancije (garancije za dobro izvršenje posla, licitacione, avansne, garancije za plaćanje obaveza i garancije za vraćanje kredita). Prema pokrivenom riziku čijem obezbjeđenju služe, mogu se podijeliti na garancije koje obezbjeđuju ispunjavanje finansijskih obaveza i garancije kojima se obezbjeđuje ispunjavanje nenovčane obaveze.⁹ Postoji i podjela garancija na: *nostro* i *loro*, direktne i indirektne, pokrivena i nepokrivena i ostale koje su podijeljene prema tehničkim kriterijumima, te nemaju značajnih pravnih karakteristika.

Podjele bankarskih garancija po različitim kriterijumima u praksi su korisne, ali ponekad mogu biti i štetne. Kada doprinose boljem i usklađenom razumijevanju svrhe i rizika koje bankarske garancije obezbjeđuju, podjele su korisne. Tome u prilog govori podjela garancija prema predmetu, koja se najčešće koristi u međunarodnim privrednim tokovima, a koja je uticala na standardizaciju sadržaja te vrste garancija u međunarodnim okvirima, čime je povećana pravna sigurnost u poslovanju. Postoje i podjele koje ne doprinose usklađenom razumijevanju, i koje povećavaju rizik učesnika u ovom pravnom poslu, kao npr. podjela s obzirom na uslove aktiviranja (uslovne i bezuslovne garancije), koja nema definisano značenje i unosi konfuziju, što može uzrokovati štetne posljedice.

Glavna prednost bankarske garancije u odnosu na druga sredstva obezbjeđenja izvršenja obaveza jeste da bankarska garancija omogućava brzu i efikasnu

⁹ Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer, 1996, 29.

(jednostavnu) realizaciju obeštećenja korisniku (povjeriocu iz osnovnog posla), u slučaju da dužnik iz osnovnog posla (nalogodavac za izdavanje garancije) ne izvrši ili neuredno izvrši svoju obavezu, bez skupih i dugotrajnih sudskih ili arbitražnih sporova. Međutim, jednostavna naplata garantovane sume iz bankarske garancije omogućava zloupotrebe u vidu neopravdane i/ili prevarne naplate. Ove zloupotrebe se rijetko dešavaju u praksi, ali ako se dogodi da korisnik zloupotrebom naplati garantovanu sumu iz garancije, nalogodavac može podnijeti tužbu protiv njega zbog sticanja bez osnova i tražiti naknadu prouzrokovane štete.

Bankarske garancije imaju široku primjenu u međunarodnim i domaćim privrednim aktivnostima, zbog prednosti koje imaju u odnosu na većinu ostalih sredstava osiguranja. Neka sredstva osiguranja, kao što je založno pravo ili hipoteka, mogu imati nedovoljnu vrijednost da bi se moglo namiriti potraživanje koje povjerilac ima prema dužniku. Takođe, ni jamstvo nije sigurnije ni efikasnije sredstvo osiguranja potraživanja u odnosu na bankarsku garanciju, zbog svoje pravne prirode (akcesornost) i različitog zakonskog uređenja u pojedinim državama. Naime, bankarska garancija obezbjeđuje glavno potraživanje (iz osnovnog posla) tako što će garant platiti garantovanu sumu, dok se jamstvom osigurava ispunjenje obaveze, onakve kakva je nastala, koju će preuzeti jamac. Bankarska garancija i u odnosu na osigurani depozit ima prednost u primjeni, a osnovni razlog je u tome što dužnik određeni period izdvaja značajna novčana sredstva da bi se njegov povjerilac osigurao za potraživanje koje po nekom osnovu ima prema njemu (npr. isporuke investicione opreme, izvođenja investicionih radova i sl.).

PRENOS I ZLOUPOTREBA PRAVA IZ BANKARSKIH GARANCIJA

Prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima, prenos bankarske garancije podrazumijeva prenos prava pozivanja na plaćanje, što je glavno i suštinsko pravo koje korisnik dobija prenosom garancije. Prenos prava pozivanja na plaćanje dozvoljen je samo kada je to izričito predviđeno u garanciji, dok se pravo na primanje iznosa iz garancije može slobodno prenijeti od strane korisnika. Prenosivu garanciju garant može, na zahtjev korisnika, staviti na raspolaganje novom korisniku, dok slobodan prenos garancije nije moguć, jer je korisnik obavezan da se obrati garantu sa zahtjevom za odobrenje prenosa na novog korisnika. Prenos, odnosno ustupanje prava iz garancije treba kvalifikovati kao ustupanje potraživanja, tj. cesiju, pa bi se korisnik nalazio u ulozi cedenta, banka u ulozi cesusa, a sticalac prava iz garancije u ulozi cesionara.¹⁰

¹⁰ Zvonimir Slakoper, *Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obligacionim odnosima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1991, 203.

Kod prenosa prava iz garancije imamo dvije situacije, i to: prenos prava pozivanja na plaćanje iz garancije i prenosa prava na primanje iznosa iz garancije. Prema odredbama Jednoobraznih pravila, pravo primanja iznosa iz garancije je slobodno i ne mora biti utvrđeno u garanciji. Nasuprot tome, pravo pozivanja na plaćanje iz garancije nije slobodno prenosivo, te mora biti strogo utvrđeno u garanciji i uvijek je pod kontrolom banke garanta. Jednoobrazna pravila propisuju da se garancije, kod kojih je utvrđena prenosivost, mogu prenijeti više puta, ali samo u pogledu cjelokupne garantovane sume. Ova pravila sadrže još jedan bitan uslov za prenos garancije, koji se odnosi na pribavljanje potpisane izjave da je primalac stekao sva prava i obaveze prenosioca iz osnovnog posla. Pribavljanje ove izjave je obaveza prenosioca prema banci garantu.

Polazeći od činjenice da bankarska garancija na prvi poziv omogućuje korisniku naplatu garantovane sume od banke na veoma jednostavan i brz način, za očekivati je da bi se često mogle pojavljivati zloupotrebe. Ipak, naplata bankarske garancije nije baš česta u poslovnom svijetu. Prevara ili zloupotreba mora biti *očigledna* da bi bila osnov za traženje zabrane neke isplate na osnovu bankarske garancije od suda. Na osnovu postojanja *očigledne prevare* banka može odbiti plaćanje po izdanoj garanciji. Dokazivanje prevare nije jednostavno, pa nalogodavci koji žele zaustaviti plaćanje bankarske garancije često nemaju dokaze koji su sudu dovoljni da dokažu postojanje prevare.

S obzirom na to da banka nema pravo preispitivati pravni osnov zahtjeva za isplatu u slučaju bankarske garancije na poziv, omogućene su zloupotrebe od strane korisnika garancije. Kada nalogodavac izda nalog za bankarsku garanciju u kojoj je utvrđeno plaćanje *na prvi poziv*, odriče se uticaja na postupak ostvarivanja prava iz takve garancije. Kako je banka garant oslobođena dužnosti da poznaje odnose iz osnovnog ugovora, nema pravo da se miješa u sporove koji iz njega mogu proizaći. U ovom slučaju korisnik ima mogućnost da naplati garanciju i kada su obaveze nalogodavca (dužnika) iz osnovnog ugovora u potpunosti ispunjene.

Dakle, banka ima pravo isticati prigovore zloupotrebe prava i zbog toga odbiti isplatu, kao i prigovore koje banka ima lično prema korisniku iz njihovih drugih pravnih odnosa. Takođe, u postupku naplate garantovane sume, može se isticati i prigovor prebijanja, koji mogu istaći i banka i dužnici iz drugih apstraktnih pravnih poslova (npr. vrijednosni papiri). Dakle, banka garant može odbiti da isplati garantovanu sumu po zahtjevu korisnika ako taj zahtjev predstavlja očiglednu prevaru ili zloupotrebu prava korisnika.

Ako nalogodavac smatra da je korisnik ostvario pravo iz garancije bespravno, može protiv korisnika podnijeti tužbu, i to za sticanje bez osnove i naknadu štete prouzrokovanu tom naplatom.

Academician Prof. Dr. VITOMIR POPOVIĆ

Full Professor, Faculty of Law

University of Banja Luka

NATAŠA SAVKOVIĆ

Head of the Legal Affairs Department

Environmental Protection and Energy Efficiency Fund
of the Republic of Srpska, Banja Luka

THE IMPORTANCE OF BANK GUARANTEE IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL ECONOMIC FLOWS

Summary

A bank guarantee is defined as a written obligation to pay, by which the bank (guarantor) undertakes to pay a certain amount of money upon the written request of the user, if the terms of the guarantee are met. The basic function of the bank guarantee is to ensure the performance of contractual obligations from the basic legal work, because the bank guarantee is neither a financing instrument nor a crediting or payment instrument. The term *bank guarantee*, in commercial (trade) practice, often refers to various legal institutes, which aim to ensure the fulfillment of contractual obligations, which represents a bank guarantee in a broader sense. In contrast to the above, a bank guarantee in the narrower sense is a special legal institute with specific characteristics that will be the subject of analysis in this paper. By adopting the Uniform Rules on several occasions, the International Chamber of Commerce in Paris has codified the principles that have been developed in business (commercial) practice in connection with the regulation of bank guarantees.

Key words: bank guarantee, security instrument, economic (commercial) practice, Uniform Rules

Literatura

Antonijević Z., Petrović M., Pavićević B., *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982.

Bertrams R., *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer, 1996.

Konvencija o nezavisnim garancijama i standbaj akreditivima, 1995.

Kozolchyk B., „Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for Return to the Fold“, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 11, 1989.

Popović V., Vukadinović R., *Međunarodno poslovno pravo*, Banja Luka, Kragujevac, 2010.

Pravila za garancije na zahtjev, Uniform Rules for Demand Guarantees, MKT br. 758, 2009.

Röchert N., *Performance Guarantees on First Demand and the Fraud Exception in International Trade*, University of Cape Town School for Advanced Legal Studies, Minor Dissertation, Cape Town, 2007.

Rosenberg Lj., *Pravo međunarodnih plaćanja*, drugi svezak, Zagreb, 1975.

Slakoper Z., *Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obligacionim odnosima*,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1991.

Šogorov S., *Bankarska garancija*, Beograd, 1990.

PREGLEDNI RAD

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

SPORNA PITANJA IZVRŠENJA STRANIH SUDSKIH ODLUKA

Zakoni kojima se uređuje izvršni postupak u Srbiji počev od 2000. godine pa sve do danas omogućuju sprovođenje prinudnog izvršenja na osnovu strane sudske odluke, pri čemu se o priznanju strane sudske odluke odlučuje kao o prethodnom pitanju. Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine izmenjen je izvršni postupak sa ciljem da se učini efikasnijim i omogući izvršnim poveriocima da lakše ostvare svoja prava. Zakonodavac nije vodio računa o specifičnostima izvršnog postupka koji se vodi na osnovu strane sudske odluke. To je imalo za posledicu da se dozvoljava izvršenje strane sudske odluke iako odluka o njenom priznanju nije postala pravnosnažna. U radu autorka analizira postupak izvršenja strane sudske odluke prema ZIO, poredeći ga sa pravilima postupka predviđenih Zakonom o rešavanju sukoba zakona, te pravima pojedinih država članica EU i država okruženja. Analizirana su i rešenja Brisel I uredbe i Haške konvencije o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka iz 2019. godine. Autorka se zalaže za propisivanje posebnog postupka za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, pri čemu bi se podjednako vodilo računa o zaštiti interesa poverioca i dužnika.

Ključne reči: izvršenje strane sudske odluke, Brisel I uredba, Haška konvencija o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka iz 2019

U V O D

Strane sudske odluke proizvode dejstvo u Republici Srbiji ukoliko su priznate u postupku i pod uslovima propisanim međunarodnim ugovorima i domaćim zakonima. Kada je reč o domaćim izvorima prava, uslove i postupak priznanja i izvršenja

Prof. dr Dijana Marković-Bajalović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: dijana.markovicbajalovic@pravnofakultet.edu.rs.

stranih sudskih odluka uređuje Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje: ZMPP)¹ i Zakon o izvršenju i obezbeđenju (dalje: ZIO)². Srbija je potpisnica nekoliko multilateralnih konvencija koje uređuju, između ostalog, i pitanja priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. Pretežno je reč o konvencijama zaključenima u materiji porodičnih odnosa. Više bilateralnih ugovora o međunarodnoj pravnoj pomoći i priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka koje je zaključila bivša Jugoslavija, odnosno Srbija, nakon raspada Jugoslavije, uređuju uslove i, u manjoj meri, postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka.³

Od međunarodnih izvora prava koji još uvek ne obavezuju Srbiju, vredno je pomenuti Uredbu EU o nadležnosti i priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim i trgovačkim stvarima – Brisel I uredba.⁴ U procesu harmonizacije zakonodavstva sa pravom EU potrebno je da se domaće pravo uskladi sa njenim odredbama. Haška konferencija o međunarodnom privatnom pravu izradila je Konvenciju o priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim ili trgovačkim stvarima, koja je usvojena 2019. godine.⁵ Budući da je Evropska unija pristupila ovoj konvenciji i obavezuje sve njene države članice izuzev Danske, njena rešenja su od interesa za pravo Srbije, nezavisno od stava koji će naša država zauzeti u pogledu njene ratifikacije.

Strane odluke koje su prošle postupak priznanja izjednačuju se po svom dejstvu sa domaćim sudskim odlukama.⁶ One se mogu prinudno izvršiti, biti osnov

¹ Službeni list SFRJ, br. 43/82 i 72/82 – ispr., Službeni list SRJ, br. 46/96 i Službeni glasnik RS, br. 46/2006 – dr. zakon.

² Službeni glasnik RS, br. 106/2015, 106/2016 – aut. tumačenje, 113/2017 – aut. tumačenje i 54/2019.

³ V. Slavko Đorđević, „Kratak osvrt na Hašku konvenciju o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u građanskim ili trgovačkim stvarima“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, Kragujevac, 2021, 218.

⁴ Regulation (EU) 11215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20.12.2012.

⁵ Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, tekst Konvencije dostupan na <https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>.

Konvencija stupa na snagu 1. septembra 2023 godine, godinu dana nakon što najmanje dve potpisnice ratifikuju konvenciju, u skladu sa čl. 28 Konvencije. Evropska unija pristupila je Konvenciji avgusta 2022. godine. Ukrajina je takode ratifikovala Konvenciju, čime je ispunjen uslov stupanja na snagu.

⁶ Čl. 86. st. 1 ZMPP. V. i Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 2003.

za unošenje promena u knjigama građanskih stanja, imaju pravno dejstvo presuđene stvari, i dr. U domaćoj pravnoj teoriji pretežno su obrađivana pitanja pojma strane sudske odluke i uslova priznanja, dok je manje pažnje posvećeno postupku priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. Primećuje se, ipak, da je postupak podnormiran u domaćim zakonima,⁷ čime se može objasniti, iako ne i opravdati, nedovoljan interes domaće teorije za ovo pitanje.

POSTUPAK PRIZNANJA STRANE SUDSKE ODLUKE

ZMPP uređuje postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih i arbitražnih odluka u članu 101, uređujući mesnu nadležnost, ovlašćenja suda, redovni pravni lek i mogućnost rešavanja o priznanju strane sudske odluke u drugom sudskom postupku kao o prethodnom pitanju.

Prema ZMPP, postupak priznanja je poseban postupak, u kome se sud ograničava na ispitivanje postojanja uslova za priznanje propisanih u čl. 86–100 tog zakona. ZMPP nije rešio pitanje da li se postupak priznanja vodi kao parnični ili vanparnični postupak? Domaća pravna teorija većinom je zauzela stanovište da se postupak priznanja strane sudske odluke vodi kao vanparnični postupak,⁸ pri čemu se radi o nepravoj vanparničnoj stvari, jer postoji suprotstavljeni interes stranaka u postupku.⁹ Ovo mišljenje dele i sudovi. Vrhovni sud Srbije decidno se izjasnio o karakteru postupka za priznanje strane sudske odluke u svojoj odluci iz 2008. godine: „Iz odredbe člana 101 stav 2 citiranog zakona (ZMPP, prim. aut), proizilazi da se radi o vanparničnom postupku, ali postupku koji je po svojoj prirodi kontradiktoran i koji bi trebalo da omogući strankama da se izjasne o okolnostima i dokazima relevantnim za ocenu osnovanosti predloga za priznanje strane sudske odluke.“¹⁰

ZMPP je predvideo da se o pitanju priznanja strane sudske odluke može rešavati kao o prethodnom pitanju u drugom sudskom postupku, ali samo sa dejstvom za taj postupak.¹¹ Na primer, u sporu u kojem tužioci – majka i dete – traže od

⁷ Maja Stanivuković, Mirko Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2013, 69.

⁸ M. Stanivuković, M. Živković, op. cit., 444; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, op. cit., 548.

Pak se ne izjašnjava izričito o kakvoj vrsti postupka je reč, ali navodi da u postupku nema usmene rasprave, da se sud ograničava samo na ispitivanje zakonskih uslova, da nije dopušteno raspravljanje o činjeničnom stanju, te da sud donosi odluku u vidu rešenja. Odatle se može zaključiti da je i ovaj autor naginjao stavu da se radi o vanparničnom postupku. Milan Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1983, 205–206.

⁹ Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2007, 719–720.

¹⁰ Gž 60/07, 29. 5. 2008.

¹¹ Čl. 101. stav 5 ZMPP.

tuženog da im plaća izdržavanje, pozivajući se na presudu stranog suda kojom je utvrđeno očinstvo tuženog, tuženi može osporiti tužbeni zahtev, ističući prigovor da nisu ispunjeni uslovi za priznanje strane presude. Da bi rešio o zahtevu tužilaca, sud mora prethodno da utvrdi da li su ispunjeni uslovi za priznanje strane sudske presude. Presuda stranog suda je jedna od činjenica na kojoj domaći sud zasniva svoju odluku. Međutim, sud neće odluku o priznanju unositi u dispozitiv presude kojom rešava o glavnoj stvari – zahtevu za izdržavanje. Ovo stoga, što kada sud rešava o nekom pravnom pitanju koje je od prejudicijelnog značaja za rešenje glavne stvari, njegov stav o tom pitanju predstavlja samo podlogu za rešenje glavne stvari.¹² Sud svoj stav o prethodnom pitanju stoga ne unosi u dispozitiv presude, već ga iznosi u obrazloženju, koje nije zahvaćeno pravnosnažnošću.¹³ Ovakvo stanovište zauzeo je i naš zakonodavac u članu 12 Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP):¹⁴

„Ako odluka zavisi od prethodnog rešenja pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije doneo odluku sud ili drugi nadležni organ (prethodno pitanje), sud može sam da reši to pitanje ako posebnim propisima nije drugačije predviđeno. Odluka suda o prethodnom pitanju ima pravno dejstvo samo u parnici u kojoj je to pitanje rešeno.“

Od navedenog zakonskog pravila postoje izuzeci. Pod određenim uslovima, o prethodnom pitanju rešavaće se u dispozitivu presude. Tako, tužilac može incidentalnim tužbenim zahtevom tražiti od suda da reši o prethodnom pitanju. Drugo, tuženi može u istoj parnici podneti protivtužbu koja će sadržati zahtev da se reši o prejudicijelnom pitanju.¹⁵ Treće, sud može na svoju inicijativu, međupresudom rešiti prethodno pitanje.¹⁶

REŠAVANJE O PRIZNANJU STRANE SUDSKE ODLUKE U IZVRŠNOM POSTUPKU

ZMPP dopušta, iako nemošto, da se o priznanju strane sudske odluke odlučuje i u izvršnom postupku. U skladu sa čl. 96 ZMPP, na izvršenje strane sudske odluke primenjuju se odredbe čl. 87–93 ZMPP, kojima se propisuju formalnopravni

¹² Siniša Triva, *Građansko procesno pravo*, Zagreb, 1983, 72–73.

¹³ *Ibidem*, 502–503.

¹⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

¹⁵ A. Jakšić, op. cit., 481; Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, 344; Marija Salma, „Zahtev za utvrđenje u toku parnice (incidentni zahtev)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2006, br. 3, 263–273.

¹⁶ V. Rakić-Vodinelić, op. cit., 344–345.

i materijalnopravni uslovi priznanja. Podnosilac zahteva za izvršenje strane sudske odluke, pored potvrde nadležnog stranog suda ili drugog organa o pravnosnažnosti sudske odluke, dužan je da podnese i potvrdu o izvršnosti te odluke po pravu države u kojoj je donesena. Navedene odredbe otvaraju prostor da poverilac, čije pravo je utvrđeno pravnosnažnom i izvršnom stranom sudskom odlukom, preskoči postupak priznanja i neposredno pokrene postupak izvršenja. Sud nadležan za izvršenje je dužan da, pored uslova za izvršenje, ceni i ispunjenost uslova za priznanje strane sudske odluke po službenoj dužnosti.¹⁷

Direktno pokretanje izvršnog postupka na osnovu strane pravnosnažne izvršne isprave opravdano je razlozima efikasnosti. Ono favorizuje poverioca, kome je olakšana naplata potraživanja ili prinudno ostvarenje drugih njegovih prava. Ovo samo pod uslovom da su prava izvršnog dužnika u dovoljnoj meri zaštićena u izvršnom postupku. Načelo efikasnosti ne sme biti samo sebi cilj. Zakonska rešenja kojima se postupak čini efikasnijim, ne smeju dovesti osnovne principe građanskog sudskog postupka, među kojima su pravičnost, jednakost i ravnopravnost stranaka, princip izjašnjavanja stranaka, i dr.¹⁸

Nedoumice koje su praksi postojale oko vođenja izvršnog postupka na osnovu odredaba ZMPP, otklonjene su Zakonom o izvršnom postupku iz 2000. godine (dalje: ZIP).¹⁹ Članom 12 ZIP bilo je propisano da se izvršenje odluke stranog suda može odrediti i sprovesti ako odluka ispunjava zakonom propisane uslove za priznanje. ZIP nije propisao posebna pravila izvršnog postupka koji se pokreće na osnovu odluke stranog suda, već se postupak vodio po opštim pravilima. Poverilac bi podnosio predlog za izvršenje, o kome je odlučivao sud rešenjem, bez prethodnog saslušanja poverioca i dužnika. Prema odredbama ZIP, rešenje kojim sud usvaja predlog za izvršenje ne mora imati obrazloženje. Sud je donosio rešenje koje se dostavljalo predlagraču izvršenja i izvršnom dužniku. Na ovo rešenje dužnik je mogao izjaviti prigovor, iz razloga propisanih čl. 51. st. 1 ZIP koji sprečavaju izvršenje. ZIP nije propisivao da se protiv rešenja o izvršenju doneto na osnovu strane sudske odluke može izjaviti prigovor iz razloga propisanih ZMPP, ali je teorija zauzela stav da uslovi za priznanje strane sudske odluke propisani čl. 87–95 ZMPP predstavljaju razloge koji sprečavaju izvršenje u smislu čl. 51 ZIP.²⁰

¹⁷ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, op. cit., 551.

¹⁸ Gordana Stanković, Marijana Dukić-Mijatović, „Princip efikasnosti u građanskom sudskom postupku i vladavina prava“, *Zbornik radova sa međunarodnim učešćem „Pravo i društvena stvarnost“*, Kosovska Mitrovica, 2014, 35.

¹⁹ *Službeni list SRJ*, br. 28/2000, 73/2000 i 71/2000.

²⁰ T. Varadi *et al.*, op. cit., 551.

Nakon što bi se prigovor dostavio poveriocu na izjašnjenje, sud je zakazivao ročište i donosio rešenje po prigovoru.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine (dalje: ZIO 2011),²¹ popunio je određene pravne praznine iz ZIP-a kada je reč o izvršenju stranih sudskih odluka. Prema ZIO 2011, strana izvršna isprava izvršava se na isti način i u istom postupku kao i domaća izvršna isprava,²² ako glasi na privatnopravno potraživanje i ako je prethodno priznata pred domaćim sudom. Izvršni poverilac može pokrenuti postupak izvršenja pred nadležnim sudom u RS i na osnovu strane izvršne isprave koja nije prethodno priznata pred domaćim sudom, u kom slučaju o priznanju te isprave sud odlučuje kao o prethodnom pitanju. U tom slučaju, sud koji sprovodi izvršenje razmatra zakonske smetnje za priznanje o kojima se vodi računa po službenoj dužnosti. Prigovor protiv rešenja donetog u postupku za izvršenje strane isprave koja nije prethodno priznata od strane domaćeg suda, mogao se izjaviti i zbog toga što nisu ispunjeni zakonom propisani uslovi za priznanje strane izvršne isprave. ZIO 2011 propisao je i isprave koje izvršni poverilac podnosi ukoliko izvršenje predlaže na osnovu strane izvršne isprave. On je morao priložiti stranu izvršnu ispravu u originalu ili overenom prepisu, prevedenu na jezik koji je u službenoj upotrebi u sudu, zajedno sa dokazom o njenoj pravnosnažnosti, odnosno izvršnosti, po pravu zemlje čija je izvršna isprava u pitanju.²³

Odgovarajuće rešenje zadržao je i Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine, uz određene propuste. Tako, ZIO iz 2015. nije propisao isprave koje izvršni poverilac podnosi uz predlog za izvršenje na osnovu strane izvršne isprave. Novi ZIO je skratio rok za donošenje rešenja o izvršenju na osnovu strane sudske odluke. ZIO 2011 predviđao je poseban rok od 30 dana u kom je sud bio dužan da odluči o predlogu za izvršenje, ukoliko je taj predlog podnet zajedno sa predlogom za priznanje strane sudske odluke.²⁴ ZIO 2015 više ne predviđa poseban rok. Rešenje o izvršenju uvek se mora doneti u roku od osam dana od dana prijema predloga.²⁵

U ZIO 2015 izmenjena su i pravila o dostavljanju. Rešenje o izvršenju dostavlja se na adresu sedišta ili adresu za prijem pošte pravnog lica, odnosno adresu prebivališta ili boravišta fizičkog lica. Dostava se vrši samo jednom. Ukoliko dostavljanje ne uspe, rešenje se u roku od tri dana objavljuje na elektronskoj oglasnoj tabli suda. Nakon isteka roka od osam dana od isticanja na elektronskoj oglasnoj

²¹ *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 99/2011 – dr. zakon.

²² Čl. 21. stav 2 ZIO.

²³ Čl. 21. st. 1 ZIO 2011.

²⁴ Čl. 7. st. 2 ZIO 2011.

²⁵ Čl. 64. st. 1 ZIO 2015.

tabli, smatra se da je dostava izvršena.²⁶ Navedene odredbe su veoma stroge, posebno kada je reč o izvršnim dužnicima – fizičkim licima, jer se lako može dogoditi da zbog odsustva iz mesta prebivališta i nepoznavanja novih pravila o dostavljanju ne saznaju blagovremeno za dostavu i propuste rok za izjavljivanje pravnog leka.

Pozitivan pomak koji je ZIO 2015 načinio u odnosu na postupak prema ZIO 2011 jeste da o žalbi na rešenje o izvršenju odlučuje drugostepeni sud.²⁷ Prema ranijem zakonskom rešenju, na rešenje o izvršenju ulagao se prigovor o kojem je odlučivalo veće prvostepenog suda. U izvršnom postupku nisu dozvoljeni revizija niti ponavljanje postupka.²⁸

Opisano zakonsko rešenje u praksi može da izazove (i već izaziva) niz problema i ugroziti ostvarivanje prava na pravično suđenje propisano članom 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naša je polazna premisa da je tretiranje pitanja priznanja strane sudske odluke u izvršnom postupku kao prethodnog pitanja, bez detaljnog propisivanja posebnih pravila postupka priznanja strane sudske odluke u izvršnom postupku, pogrešno. Ovakvo rešenje vodi nizu nelogičnosti kojima se vređaju osnovna procesna prava izvršnog dužnika, zarad efikasnosti izvršnog postupka. Koncept izvršenja strane sudske odluke u ZIP-u zanemaruju odredbu čl. 86. stav 1 ZMPP, koja propisuje da se strana sudska odluka izjednačuje sa domaćom i proizvodi pravno dejstvo samo ako je *prethodno* prizna domaći sud. Prema rešenju ZIP-a, odluka suda postaje izvršna pre nego što je odluka domaćeg suda o njenom priznanju postala pravnosnažna i priznato njeno dejstvo u domaćem pravnom poretku. Ovakvim zakonskim rešenjem vređa se suverenitet domaće države, jer strane sudske odluke imaju jaču pravnu snagu nego domaće odluke. One, naime, postaju izvršne pre pravnosnažnosti odluke o njihovom priznanju.

Štaviše, ako izvršni sud ne odluči o priznanju strane sudske odluke u dispozitivu rešenja, priznanje strane sudske odluke nikada ne može zadobiti dejstvo pravnosnažnosti. Pitanje priznanja strane sudske odluke predstavlja glavno pitanje u postupku koji se vodi radi izvršenja te iste odluke, jer se izvršavanjem sudske odluke u najvećoj meri iscrpljuje njeno dejstvo. Pitanje priznanja strane sudske odluke u izvršnom postupku je prethodno pitanje samo u pogledu redosleda radnji koje izvršni sud preduzima, jer sud najpre mora priznati stranu sudska odluku kako bi bio u prilici da odlučuje o njenom izvršenju. Priznanje strane sudske odluke je jedna od premisa na kojoj počiva odluka o izvršenju. Međutim, u procesnopravnom

²⁶ Čl. 36. st. 1 i 2 ZIO 2015.

²⁷ Čl. 78 ZIO 2015.

²⁸ Čl. 27 ZIO 2015.

smislu ovo pitanje ne može imati tretman prethodnog pitanja, već se o njemu i u izvršnom postupku mora odlučivati kao o glavnom pitanju, tj. izreka o priznanju strane sudske odluke mora se uneti u dispozitiv rešenja.

U protivnom, odredbe ZMPP kojima se uređuju dejstvo odluke stranog suda, uslovi i postupak priznanja strane sudske odluke gube smisao. U nastavku ovog rada objasnićemo razlike između postupka priznanja strane sudske odluke koji se vodi kao glavni postupak po odredbama ZMPP i postupka izvršenja strane sudske odluke prema odredbama ZIO, u kome se o priznanju odlučuje kao o prethodnom pitanju, te ukazati na uporednopravna rešenja.

RAZLIKE U POSTUPKU PRIZNANJA I IZVRŠENJA PREMA ZMPP I ZIO

U postupku priznanja strane sudske odluke koji se vodi kao vanparnični postupak obezbeđeno je pravo na odbranu time što sud dostavlja predlog za priznanje protivniku predlagača pre nego što preduzme dalje radnje u postupku i ostavlja mu rok za izjašnjenje. Postupak se smatra započetim tek kada je inicijalni akt dostavljen suprotnoj strani.²⁹ Propuštanje suda da omogući protivniku predlagača da se izjasi predstavlja bitnu povredu postupka. U vanparničnom postupku, rasprava nije obavezna. Sud odlučuje o zahtevima učesnika na osnovu rasprave na ročištu samo u slučajevima kad je to izričito određeno zakonom, ili kad oceni da je održavanje ročišta potrebno radi razjašnjenja ili utvrđivanja odlučnih činjenica ili smatra da je zbog drugih razloga održavanje ročišta celishodno. Izostanak pojedinih učesnika sa ročišta ne sprečava sud da dalje postupa. Saslušanje učesnika u postupku može se izvršiti i u odsustvu drugih učesnika.³⁰ Prema stavu Evropskog suda za ljudska prava, rasprava pred sudom nije nužan element prava na pravično suđenje. Ona može izostati ukoliko postoje okolnosti koje to opravdavaju.³¹

U izvršnom postupku, sud donosi rešenje na osnovu predloga izvršnog poverioca bez prethodnog obaveštavanja izvršnog dužnika, što je izuzetak od pravila opšteg građanskog postupka. Tek nakon što sud donese rešenje, ono se dostavlja dužniku putem javnog izvršitelja, zajedno sa kopijom isprava potrebnih da se sprovede izvršenje.³² Takvo rešenje je izvršno, iako dužnik prethodno nije imao priliku

²⁹ Čl. 2 Zakona o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – dr. zakon i 14/2022, dalje: ZVP, u vezi sa čl. 5. i čl. 203. st. 1 ZPP.

³⁰ Čl. 11 ZVP.

³¹ *Allan Jacobson v. Sweden (No. 2)*, 19. 2. 1998, ECHR Reports 1998-I, par. 46.

³² Čl. 70. stav 1 ZIO.

da dobije uvid u sadržinu predloga za izvršenje, kao ni dokaze kojima izvršni povetilac dokazuje ispunjenost uslova za priznanje iz ZMPP-a. Izvršnom sudu je praktično nemoguće da bez prethodnog izjašnjenja dužnika o ispunjenosti uslova za priznanje strane sudske odluke ceni ispunjenost svih uslova propisanih ZMPP, pri čemu on ima na raspolaganju rok od svega osam dana da utvrdi ispunjenost uslova i donese rešenje. Tako, na primer, sud ne može znati da li je u Srbiji već doneta pravnosnažna odluka o istoj stvari između istih stranaka, ili je ranije pokrenuta parnica koja još uvek teče (prigovor litispendencije).³³ Isto tako, sud ne može znati da li je u u postupku pred stranim sudom bilo nepravilnosti, zbog kojih je dužniku onemogućeno da učestvuje u postupku. Ovaj uslov sud preispituje samo povodom prigovora dužnika, koji taj prigovor ne može istaći pre donošenja rešenja o izvršenju.³⁴ Slična je situacija i sa uslovom uzajamnosti, koja se po zakonu pretpostavlja, pa će sud preispitivati ovaj uslov samo ako dužnik tvrdi da nema uzajamnosti sa državom porekla odluke.³⁵ Na uslov javnog poretka sud bi morao da pazi po službenoj dužnosti, ali u praksi su male šanse da sud uoči eventualne povrede javnog poretka, pogotovu one procesne prirode, koje po pravilu ne može saznati čitanjem obrazloženja strane odluke.

ZIO 2015 nije posebno propisao elementa sadržine rešenja koje se donosi u postupku izvršenja na osnovu strane izvršne isprave. To u praksi ima za posledicu da se rešenje o izvršenju na osnovu strane izvršne isprave donosi bez obrazloženja, sa osloncem na član 33 ZIO, koji propisuje da rešenje o izvršenju ne mora biti obrazloženo. Šta više, sudovi praktikuju da, umesto donošenja rešenja o izvršenju u pismenoj formi, na poleđinu predloga za izvršenje samo stave pečat o izvršnosti. Opravdanje za ovakvo postupanje je kratak rok za donošenje rešenja o izvršenju propisan ZIO. Međutim, ovim se dužniku uskraćuje pravo da dobije obrazloženu sudsku odluku. Kada je reč o domaćim izvršnim ispravama, može se braniti stav da se postupak izvršenja vodi, po pravilu, nakon što je domaći sud prethodno već vodio postupak u kome je pravnosnažno utvrđeno postojanje potraživanja ili nekog drugog građanskog prava. Međutim, kada domaći sud vodi postupak izvršenja na osnovu strane sudske odluke koja nije prethodno priznata, on ima obavezu da ceni da li su ispunjeni uslovi za priznanje, jer o tome domaći sudovi prethodno nisu imali priliku da se izjasne. Stoga smatramo da se oslobađanje od obaveze obrazloženja rešenje iz člana 33 ZIO ne može odnositi na rešenja koja se donose na osnovu strane izvršne isprave.

³³ Čl. 90. ZMPP.

³⁴ Čl. 88. st. 1 ZMPP.

³⁵ Čl. 92. st. 3 ZMPP.

Postupanje izvršnih sudova u praksi ima za posledicu da dužnik nema mogućnost da sazna na osnovu kojih dokaza i da li je uopšte sud cenio ispunjenost uslova za priznanje strane sudske odluke. Takvo postupanje bi se moglo opravdati da je u daljem toku postupka izvršnom dužniku obezbeđeno adekvatno pravo na odbranu. To, međutim, nije slučaj, jer dužnik ima pravo na žalbu koju mora izjaviti u kratkom roku od svega osam dana,³⁶ pri čemu je rešenje o izvršenju izvršno. U tom kratkom periodu on treba da izvrši uvid u spise suda i utvrdi koje dokaze je poverilac podneo uz svoj predlog za izvršenje, sastavi i podnese žalbu. Ovaj rok nije primeren, imajući u vidu činjenicu da je na dužnika prebačen teret dokazivanja da uslovi propisani ZMPP nisu ispunjeni. Tako, dužnik mora dokazivati da su postojele nepravilnosti u postupku donošenja strane sudske odluke koje su onemogućile njegovo učešće u postupku,³⁷ da je povređeno pravilo *ne bis in idem*,³⁸ da ne postoji uzajamnost sa državom porekla odluke,³⁹ ili da je dejstvo odluke suprotno domaćem javnom poretku.⁴⁰ Dokazi koje dužnik prilaže uz žalbu u izvršnom postupku su isključivo pismeni. Ako dužnik ne navede razloge za žalbu, činjenice i dokaze na kojima zasniva te razloge, sud koji je doneo rešenje o izvršenju odbaciće žalbu.⁴¹ Prvostepeni sud može, ako oceni da je žalba osnovana, žalbu izvršnog dužnika izjavljenu protiv rešenja o izvršenju usvojiti, ukinuti rešenje o izvršenju, obustaviti izvršenje u celini ili delimično i ukinuti sprovedene radnje.⁴²

U izvršnom postupku dužnik može tražiti od javnog izvršitelja da odloži izvršenje rešenja. Uslovi za odlaganje izvršenja su vrlo strogi. Izvršni dužnik se može koristiti ovim pravom samo jednom, pri čemu mora učini verovatnim da bi usled izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, koja je veća od one koju bi zbog odlaganja pretrpeo izvršni poverilac, i ako odlaganje opravdavaju naročiti razlozi koje izvršni dužnik dokaže javnom ili po zakonu overenom ispravom. Izvršni poverilac može usloviti odlaganje polaganjem jemstva.⁴³

Drugo pravno sredstvo koje izvršnom dužniku stoji na raspolaganju je predlog za protivizvršenje koji se može podneti nakon što je izvršenje već sprovedeno.⁴⁴

³⁶ Čl. 25. st. 1 i čl. 73. st. 1 ZIO.

³⁷ Čl. 88 ZMPP.

³⁸ Čl. 90 ZMPP.

³⁹ Čl. 92 ZMPP.

⁴⁰ Čl. 91 ZMPP.

⁴¹ Čl. 75. st. 1 ZIO.

⁴² Čl. 77a st. 1 ZIO.

⁴³ Čl. 122 ZIO.

⁴⁴ Čl. 113 ZIO.

Ovo pravno sredstvo nije delotvoran pravni lek u postupcima izvršenja koji se vode na osnovu strane sudske odluke. Osnovana je pretpostavka da strani poverilac u najvećem broju slučajeva ono što je primio po osnovu izvršenja (npr. novac, pokretne stvari) izneo sa teritorije Republike Srbije i da nema drugu imovinu na kojoj bi se moglo sprovesti protivizvršenje. Sporno je i pitanje međunarodne nadležnosti domaćeg suda da odlučuje u postupku protivizvršenja protiv poverioca koji ima sedište ili prebivalište u inostranstvu.

Treća mogućnost je da izvršni dužnik u parničnom postupku podnese tužbu za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja na predmetu izvršenja.⁴⁵ U ovom postupku ne odlučuje se o osnovanosti potraživanja ili prava koje se ostvaruje izvršenjem, već samo o tome da li je izvršenje dozvoljeno na predmetu koji je poverilac odredio u svom predlogu. Pritom, ni ovaj postupak ne odlaže izvršenje rešenja.⁴⁶ Sledi da ni ovo pravno sredstvo ne predstavlja delotvoran pravni lek za izvršnog dužnika u postupku izvršenja koji se vodi na osnovu strane sudske odluke. Izvršni dužnik ne može osporavati ispunjenost uslova za priznanje strane sudske odluke propisanih ZMPP u postupku po tužbi za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja.

U postupku za priznanje strane sudske odluke koji se vodi po odredbama ZMPP i ZVP položaj dužnika je znatno povoljniji. ZMPP predviđa duži rok za podnošenje žalbe protiv rešenja kojim je sud odlučio o priznanju strane sudske odluke – 15 dana od dana prijema rešenja.⁴⁷ Žalba u vanparničnom postupku ima suspenzivno dejstvo. Samo iz važnih razloga sud može odlučiti da žalba ne zadržava izvršenje rešenja.⁴⁸ Pored toga, u vanparničnom postupku, sud može odlučiti iz važnih razloga i da rešava po neblagovremeno podnetoj žalbi, ako se ne vređaju prava drugih lica koja se zasnivaju na donetom rešenju.⁴⁹

IZVRŠENJE STRANIH SUDSKIH ODLUKA U UPOREDNOM PRAVU

U većini evropskih zemalja prihvaćen je sistem ograničene kontrole stranih sudskih odluka, koji važi i u domaćem pravu. Sudovi se ograničavaju na ispiti- vanje zakonom propisanih uslova priznanja i izvršenja, a nemaju pravo da preis- pituju sadržinu strane sudske odluke, izuzev u okvirima instituta javnog poretka.

⁴⁵ Čl. 111. st. 1 ZIO.

⁴⁶ Čl. 111. st. 2 ZIO.

⁴⁷ Čl. 101. st. 3 ZMPP.

⁴⁸ Čl. 20. st. 1 i 2 ZVP.

⁴⁹ Čl. 21. st. 3 ZVP.

Razlika je u tome što se u pravima pojedinih evropskih država strane sudske odluke priznaju po automatizmu. U tom smislu, nije potrebno voditi poseban postupak priznanja strane sudske odluke. Sporno može biti samo da li se stranoj sudskoj odluci priznaju ona dejstva koja ima u državi gde je nastala, ili dejstva koja ima domaća sudska odluka.⁵⁰ Međutim, ukoliko stranka želi da stranu sudsku odluku izvrši na teritoriji domaće države ona mora pokrenuti postupak koji se kolokvijalno naziva egzekvatura.

U nemačkom pravu, taj postupak se vodi prema pravilima parničnog postupka i pokreće se tužbom za izvršenje. U skladu sa paragrafom 722. stav 1 Zakona o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung* – ZPO), odluka stranog suda je izvršna samo ukoliko je na osnovu tužbe za izvršenje utvrđena njena izvršnost. Uslovi za donošenje odluke o izvršenju strane sudske odluke jesu da je strana sudska odluka pravnosnažna po pravu države u kojoj je doneta i da ne postoje razlozi zbog kojih se može odbiti priznanje strane sudske odluke, propisani par. 328 ZPO.

Odgovarajuće važi i za francusko pravo. Postupak za dobijanje egzekvature vodi se prema pravilima parničnog postupka. Postupak je sumaran, a za odlučivanje je nadležan sudija pojedinac višeg suda (*Tribunal de Grande Instance*). Sud egzekvature se ograničava na ispitivanje pretpostavki za priznanje.⁵¹ Na presudu prvostepenog suda može se izjaviti žalba,⁵² ali i vanredni pravni lek. Francuski Kasacioni sud je rešavajući u postupku po vanrednom pravnom leku utvrdio pretpostavke priznanja strane sudske odluke koje važe u savremenom francuskom pravu i ukinuo raniju praksu revizije iz osnova, prema kojoj je sud imao pravo da ispituje zakonitost strane odluke i da je menja.⁵³

U slučaju *Cornelissen*⁵⁴ iz 2007. godine, Kasacioni sud je definisao tri uslova koje francuski sudovi proveravaju u postupku egzekvature strane odluke:

1. strani sud je bio nadležan da rešava prema pravilima francuskog prava;
2. strana sudska odluka je u skladu sa francuskim javnim poretkom u procesnom i materijalnom smislu;

⁵⁰ Hrvoje Sikirić, „Priznanje sudskih odluka prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. godine o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2012, br. 1–2, 294.

⁵¹ Thomas E. Carbonneau, „The French Exequatur Proceedings: The Exorbitant Jurisdictional Rules of Articles 14 and 15 (Code Civil) as Obstacles to the Enforcement of Foreign Judgments in France“, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 2, 1979, 311.

⁵² Čl. 543 francuskog Zakonika o građanskom postupku.

⁵³ *Munzer c. dame Jacoby-Munzer*, *La Semaine Juridique* [1964] J.C.P. II No. 13590, Jurisprudence (Casciv. Ire 7 jan. 1964).

⁵⁴ *Cornelissen*, *CasCiv.*, 20. 2. 2007, 05-14082,

3. strana odluka nije doneta kao posledica izigravanja zakona (*forum shopping*). Navedeni uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni.

U pravima zemalja jugoistočne Evrope, strana sudska odluka ne proizvodi dejstvo na teritoriji domaće države ukoliko nije priznata od strane domaćeg suda. Kada je reč o državama nastalim na prostoru bivše SFRJ, preuzeta su rešenja Zakona o rešavanju sukoba zakona iz 1982. godine u pogledu dejstva strane sudske odluke i uslova priznanja. Međutim, te odredbe dopunjuju se pravilima kojima se precizira postupak izvršenja strane sudske odluke.

Tako, u Severnoj Makedoniji, postupak izvršenja na osnovu odluke stranog suda moguće je voditi isključivo ako je sud te države priznao stranu sudska odluku u postupku propisanom članovima 161–171 Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 2020. godine.⁵⁵

U Albaniji, strane sudske odluke izvršavaju se po istoj proceduri kao i domaće, ali uz uslov prethodnog priznanja, o čemu odlučuje apelacioni sud.⁵⁶

Bugarska je prilikom stupanja u članstvo EU reformisala svoj građanski sudski postupak. U pogledu postupka izvršenja strane sudske odluke, usvojeno je rešenje koje je suprotno od onog važećem u srpskom pravu. Postupak izvršenja strane sudske odluke u bugarskom pravu je inherentan postupku priznanja. Akt o izvršenju strane sudske odluke donosi se nakon što sud odluči o njenom priznanju, pri čemu je isti sud nadležan za odlučivanje o priznanju strane sudske odluke i donošenje akta kojim se dozvoljava izvršenje. To može biti i drugostepeni sud, ako je preinačio odluku prvostepenog suda i odlučio da prizna stranu sudska odluku. Sud neće izdati akt kojim se dozvoljava izvršenje strane sudske odluke poveriocu sve dok odluka o priznanju ne postane pravnosnažna.⁵⁷ Ovakav postupak predviđen je iz dva razloga. Prvi je da se time sprečava da strana sudska odluka proizvodi dejstvo na bugarskoj teritoriji pre nego što je uvedena u bugarski pravni poredak. Drugo, sudija koji odlučuje o priznanju i donosi akt kojim se dozvoljava izvršenje

⁵⁵ Čl. 173 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Severne Makedonije, *Službeni vesnik na SRM*, br. 32/2020. V. takođe: Ilija Rumenov, „Nacionalni izveštaj: Republika Severna Makedonija“, GIZ, *Prekogranično priznanje i izvršenje stranih sudskih presuda u Jugoistočnoj Evropi iz perspektive Haške konvencije iz 2019. godine o sudskim presudama*, 2021, 163.

⁵⁶ Aida Gugu Bushati, „Nacionalni izveštaj: Albanija“, GIZ, *Prekogranično priznanje i izvršenje stranih sudskih presuda u Jugoistočnoj Evropi iz perspektive Haške konvencije iz 2019. godine o sudskim presudama*, 31, 34.

⁵⁷ Čl. 405. st. 4 Graždanski procesualen kodeks, na snazi od 1. 3. 2008. Tekst Zakonika sa izmenama i dopunama zaključno sa 2017. godinom dostupan na <https://wipolex.wipo.int/en/text/577802>.

stara se o tome da se strana sudska odluka preformuliše u skladu sa institutima i terminologijom domaćeg prava, kako bi se ona mogla izvršiti.⁵⁸

PRIZNANJE I IZVRŠENJE STRANIH SUDSKIH ODLUKA PREMA BRISEL I UREDBI

Ukoliko je država porekla sudske odluke članica EU i traži se njeno izvršenje na teritoriji druge države članice, primenjuju se pravila Brisel I uredbe. Brisel I uredba uređuje postupke priznanja i izvršenja kao odvojene postupke. Ona polazi od principa automatskog priznanja odluka donetih u jednoj državi članici na teritoriji druge države članice, propisujući u članu 36. stav 1: „Presuda doneta u državi članici biće priznata u drugim država članicama bez zahteva posebne procedure.“ Automatsko priznanje suštinski znači da se teret dokaza da nisu ispunjeni uslovi za priznanje prebacuje na stranu koja se protivi priznanju. Ukoliko jedna strana želi da upotrebi odluku suda druge države članice u nekom sudskom postupku, ona ne mora da prethodno pokreće poseban postupak za priznanje te odluke.⁵⁹ Druga strana u postupku može izneti razloge zbog kojih smatra da priznanje odluke treba odbiti i podneti dokaze za to. U takvom slučaju, sud će o priznanju strane odluke odlučiti kao o prethodnom pitanju.

Lice koje ima pravni interes može tražiti da se donese odluka da nema osnova da se odbije priznanje iz razloga navedenih u članu 45, a po proceduri koja je propisana u Odeljku 3, Pododeljak 2 Glave III Uredbe.⁶⁰ Na primer, poverilac može imati interes da se prizna odluka suda druge države članice kojom je utvrđeno njegovo potraživanje prema dužniku, kako bi prebio svoje potraživanje sa dužnikom. Odluka o priznanju ima deklaratorno dejstvo, te se njome ne umanjuje efekat automatskog priznanja.⁶¹

Postupak izvršenja strane sudske odluke prema Brisel I uredbi predviđa garancije i sredstva zaštite za lice protiv koga se izvršenje traži. Tom licu se u razumnom roku pre otpočinjanja izvršenja mora dostaviti sertifikat u formi i sa sadržinom propisanom Uredbom, zajedno sa presudom čije se izvršenje traži, izuzev ako je stranci presuda već prethodno dostavljena.⁶² Od obaveze prethodnog

⁵⁸ Petar Georgiev Bonchovski, „Enforcing Foreign Judgments – Principal Points from the Viewpoint of the Execution of the Right“, *Revista Misión Jurídica*, 2017, No. 12, DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.143>, 34–35.

⁵⁹ H. Sikirić, op. cit., 305.

⁶⁰ Čl. 36. stav 2 Brisel I uredbe.

⁶¹ H. Sikirić, op. cit., 307.

⁶² Čl. 43 Brisel I uredbe.

dostavljanja sertifikata o izvršenju izuzete su samo odluke koje su odnose na mere obezbeđenja izvršenja sudske presude.

Lice protiv koga je izvršenje strane sudske odluke upereno, ima mogućnost da podnese zahtev da se odbije izvršenje odluke, pozivajući se na razloge za odbijanje priznanja definisane u članu 45 Brisel I uredbe.⁶³ Ti razlozi tiču se: 1) suprotnosti strane presude javnom poretku, 2) povredi prava odbrane, 2) povredi litispendencije i 4) povredi pravila o isključivoj nadležnosti i nadležnosti u sporovima iz ugovora o osiguranju, ugovora o radu i potrošačkih sporova, koja su propisana Uredbom. Protiv odluke suda koji je odlučio o zahtevu da se odbije izvršenje odluke nezadovoljna strana ima pravo žalbe.⁶⁴

Ukoliko je podnet zahtev za odbijanje priznanja, sud države u kojoj se izvršenje traži ima na raspolaganju više mogućnosti da spreči nastupanje štetnih posledica izvršenja strane sudske odluke pre nego što je odlučeno o njenom priznanju. Na zahtev protivnika izvršenja koji je podneo zahtev za odbijanje priznanja, sud može:

1. da ograniči postupak izvršenja samo na mere obezbeđenja;
2. da uslovi izvršenje davanjem obezbeđenja; ili
3. da prekine postupak izvršenja, u celini ili delimično.⁶⁵

IZVRŠENJE STRANIH SUDSKIH ODLUKA PREMA HAŠKOJ KONVENCIJI

Odredbe Haške konvencije o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka izazivaju dilemu da li je moguće voditi postupak izvršenja na osnovu strane sudske odluke neposredno, bez prethodnog priznanja. U nazivu Konvencije, nazivu Glave II i nazivima pojedinih članova (npr. čl. 5, 6 i 7), koristi se fraza „priznanje i izvršenje“, što upućuje na zaključak da je izvršenje vezano za priznanje. Međutim, u tekstu pojedinih članova govori se o priznanju *ili* izvršenju. Tako se u članu 12 propisuje da strana koja traži priznanje ili podnosi zahtev za izvršenje treba da podnese određena dokumenta. U članu 13 određuje se da se postupak priznanja, utvrđivanje izvršnosti ili registracija izvršenja, te izvršenje presude uređuju nacionalnim propisima, iz čega se da zaključiti da su redaktori konvencije imali na umu zasebne postupke priznanja i izvršenja.

Konvencijom su propisuju isprave koje tražilac izvršenja (ili priznanja, zavisno od konkretnog slučaja), mora podneti. Značajno je da se Konvencijom određuje

⁶³ Čl. 46 Brisel I uredbe.

⁶⁴ Čl. 49 Brisel I uredbe.

⁶⁵ Čl. 44. st. 1 Brisel I uredbe.

obaveza podnošenja dokaza da je isprava kojom se započinje postupak uredno uručena stranci, u slučaju kada se traži priznanje ili izvršenje presude donete zbog izostanka.⁶⁶ Na ovaj način, umanjuje se mogućnost da se zahteva izvršenje presude koja je doneta uz povredu prava na učešće u postupku.

Haška konvencija nema apsolutni primat nad drugim međunarodnim ugovorima i nacionalnim propisima. Države potpisnice mogu primenjivati odredbe nacionalnog zakonodavstva ukoliko su povoljnije u odnosu na odredbe Konvencije.⁶⁷ Takođe, odredbe Konvencije ne utiču na primenu međunarodnih ugovora koji su zaključeni pre ili nakon zaključenja Konvencije.⁶⁸

UZAJAMNOST

Razlike u pogledu procedure priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka otvaraju pitanje postojanja uzajamnosti između Srbije i drugih država. Sporno je, naime, da li postoji uzajamnost ukoliko zakonodavstvo Srbije predviđa znatno povoljniji postupak za izvršenje stranih sudskih odluka u poređenju sa većinom drugih država?

Bilateralni ugovori koje je Republike Srbija (ili njeni pravni prethodnici) potpisala sa drugim državama uspostavljaju diplomatski reciprocitet. Međutim, ti ugovori ostavljaju da pitanje postupka priznanja i izvršenja bude uređeno nacionalnim propisima država ugovornica.

Tako, na primer, Ugovorom o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima zaključenim između BiH i Srbije i Crne Gore 2005. godine,⁶⁹ uređuju se uslovi priznanja i izvršenja sudskih odluka, koji su identični onim propisanim ZMPP. U pogledu postupka, ugovorom se predviđa da zainteresovana stranka podnosi zahtev za priznanje i izvršenje nadležnom sudu države ugovornice ili domaćem sudu, koji zatim dostavlja zahtev drugoj državi ugovornici na propisani način.⁷⁰ U svim ostalim pitanjima postupka, upućuje se na nacionalno zakonodavstvo država potpisnica.⁷¹ Materija izvršnog postupka u BiH uređena je zakonom entiteta. Zakonom o izvršnom postupku Republike Srpske propisano je da odluka stranog suda ima snagu izvršne isprave ukoliko je priznata od nadležnog

⁶⁶ Čl. 12 st. 1 tač. b) Haške konvencije.

⁶⁷ Čl. 15 Haške konvencije.

⁶⁸ Čl. 23 Haške konvencije.

⁶⁹ Izmene Ugovora objavljene su u *Službeni glasniku RS – Međunarodni ugovori*, br. 13/2010.

⁷⁰ Čl. 29. st. 1 Ugovora o pravnoj pomoći između Srbije i BiH.

⁷¹ Čl. 30. st. 1 Ugovora o pravnoj pomoći između Srbije i BiH.

suda.⁷² To znači da stranka koja traži izvršenje odluke suda Srbije na teritoriji Republike Srpske, mora najpre pokrenuti postupak priznanja, kako bi, zatim, mogla da traži njeno izvršenje. Postupak priznanja vodi se po odredbama bivšeg jugoslovenskog Zakona o rešavanju sukoba zakona, koji je i dalje na snazi u BiH.⁷³

Slična situacija postoji i u pogledu priznanja i izvršenja sudskih odluka između Srbije i Crne Gore. Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 29. 5. 2009.⁷⁴ predviđa da zainteresovana stranka podnosi zahtev za priznanje i izvršenje.⁷⁵ Postupak priznanja i izvršenja vodi se po zakonu države ugovornice na čijoj se teritoriji traži priznanje i izvršenje.⁷⁶ Zakon o izvršenju i obezbeđenju Crne Gore određuje da će se izvršenje strane izvršne isprave odrediti i sprovesti, ako strana izvršna isprava ispunjava zakonom ili međunarodnim ugovorom propisane uslove za priznanje i izvršenje i ako je prethodno priznata od nadležnog suda.⁷⁷

Sa državama sa kojima je zaključen međunarodni ugovor koji reguliše pitanje priznanja i izvršenja sudskih odluka postoji diplomatski reciprocitet. Međutim, postupak priznanja i izvršenja nije obuhvaćen diplomatskim reciprocitetom, jer on nije uređen bilateralnim ugovorima. Takođe je potrebno imati u vidu da ugovori koji je Srbija zaključila sa BiH i Crnom Gorom predviđaju podnošenje zahteva za priznanje i izvršenje. Smatramo da bi domaći sudovi bili dužni da u izreci rešenja kojim dozvoljavaju izvršenje odluče i o priznanju strane sudske odluke kao o prethodnom pitanju, na osnovu čl. 195. i 355. st. 4 ZPP, u vezi sa čl. 39 ZIO. Rešenje izvršnog suda moralo bi da sadrži obrazloženje u pogledu ispunjenosti uslova za priznanje strane sudske odluke, a na osnovu čl. 355. st. 4 ZPP u vezi sa čl. 39 ZIO.

Sa državama sa kojima nije potpisan međunarodni ugovor, trebalo bi ceniti ne samo uslove, već i postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. U protivnom, rizikuje se da se odluke sudova drugih država imaju povoljniji tretman na teritoriji Republike Srbije, nego što odluke srpskih sudova imaju u tim državama.

⁷² Čl. 19 Zakona o izvršnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 – odluka US, 58/2018 – rešenje US BiH i 66/2018.

⁷³ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 i *Službeni list RBiH*, br. 2/92, 13/94.

⁷⁴ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2010.

⁷⁵ Čl. 30. st. 1 Ugovora o pravnoj pomoći između Srbije i Crne Gore.

⁷⁶ Čl. 31. st. 1 Ugovora o pravnoj pomoći između Srbije i Crne Gore.

⁷⁷ Čl. 12 Zakona o izvršenju i obezbeđenju Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 36/2011, 28/2014, 20/2015, 22/2017, 76/2017 – odluka US i 25/2019.

ZAKLJUČAK

Strana sudska odluka izjednačava se po svojim dejstvima sa domaćom sudskom odlukom samo ako je prethodno priznata od strane domaćeg suda. Rešenje ZIO prema kome strana sudska odluka postaje izvršna pre nego što je rešenje o izvršenju postalo pravnosnažno i bez izričite obaveze izvršnog suda da odluči o priznanju strane sudske odluke u izreci rešenja i da svoju odluku obrazloži u suprotnosti je sa osnovnim načelima domaćeg pravnog poretka. Ono je u suprotnosti i sa rešenjima u uporednom pravu, ozakonjujući nepovoljniji tretman domaćih sudskih odluka u inostranstvu u poređenju sa tretmanom koji je dat stranim sudskim odlukama u domaćem pravu. Pritom, tretman stranih sudskih odluka u domaćem pravu prevazilazi zahteve međunarodnih ugovora čija je potpisnica Srbija ili kojima će u budućnosti pristupiti.

Neophodno je izmeniti Zakon o izvršenju i obezbeđenju tako što će se propisati poseban postupak izvršenja koje se traži na osnovu strane sudske odluke. U tom postupku moraju podjednako biti zaštićena prava stranog tražioca izvršenja i domaćeg izvršenika. Pre eventualne izmene ZIO, izvršni sudovi bi trebalo da odlučuju o priznanju strane sudske odluke u dispozitivu rešenja koje mora imati obrazloženje. Pravni osnov za takvo postupanje postoji, imajući u vidu da ZIO upućuje na shodnu primenu odredaba ZPP.

Prof. Dr. DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ
Full professor, Faculty of Law
University Union, Belgrade

CONTESTED ISSUES OF THE ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

Summary

Since 2000, Serbian laws concerning civil execution proceedings have made possible the coercive execution of foreign judgments while courts are deciding on the recognition of a foreign judgment as a preliminary issue. The Law on Execution and Security from 2015 amended the execution proceeding to make it efficient and enable creditors to execute their rights more easily. The legislator did not consider the specific features of the execution proceedings based on a foreign judgment. That resulted in courts allowing coercive execution even though a decision on recognition of the foreign judgment has not become effective. In the paper the author analyses the foreign judgment execution proceeding according to the Law on Execution and Security by comparing it with the rules of the Law on Conflict of Laws, laws of some EU member states and states in the Southeast Balkan region. Provisions of the Brussel I Regulation and the Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments from 2019 have been analysed as well. The author is pledging for stipulating

specific rules on proceeding for recognition and enforcement of foreign judgments, while considering equally the interests of creditors and debtors.

Key words: enforcement of foreign judgments, Brussels I Regulation, Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 2019

Literatura

- Bonchovski P. G., „Enforcing Foreign Judgments – Principal Points from the Viewpoint of the Execution of the Right“, *Revista Misió n Jurídica*, 2017, No. 12, DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.143>.
- Carbonneau T. E., „The French Exequatur Proceedings: The Exorbitant Jurisdictional Rules of Articles 14 and 15 (Code Civil) as Obstacles to the Enforcement of Foreign Judgments in France“, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 2, 1979.
- Dorđević S., „Kratik osvrt na Hašku konvenciju o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u građanskim ili trgovačkim stvarima“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, Kragujevac, 2021.
- GIZ, *Prekogranično priznanje i izvršenje stranih sudskih presuda u Jugoistočnoj Evropi iz perspektive Haške konvencije iz 2019. godine o sudskim presudama*, 2021.
- Jakšić A., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2007.
- Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1983.
- Rakić-Vodinić V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015.
- Salma M., „Zahtev za utvrđenje u toku parnice (incidentni zahtev)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 3, Novi Sad, 2006.
- Sikirić H., „Priznanje sudskih odluka prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. godine o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2012, br. 1–2, Zagreb, 2012.
- Stanivuković M, Živković M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2013.
- Stanković G., Dukić-Mijatović M., „Princip efikasnosti u građanskom sudskom postupku i vladavina prava“, *Zbornik radova sa međunarodnim učešćem „Pravo i društvena stvarnost“*, Kosovska Mitrovica, 2014.
- Triva S., *Građansko procesno pravo*, Zagreb, 1983.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 2003.

STEFAN ŠOKINJOV

HARMONIZACIJA NACIONALNOG KONKURENCIJSKOG PRAVA SA UNITARNIM PRAVOM KONKURENCIJE

U Evropskoj uniji pravo konkurencije postoji na dva nivoa: unitarnom i nacionalnom. Da li će se u konkretnom slučaju primenjivati unitarno ili pravo konkurencije države članice zavisi od toga da li se predmetnim aktima restriktivne poslovne prakse može ostvariti uticaj na trgovinu između država članica. Međutim, to ne znači da će antimonopolski postupak u slučaju da postoji mogućnost uticanja na trgovinu između država članica sprovesti isključivo Evropska Komisija. Primena prava konkurencije Evropske unije decentralizovana je i u istom slučaju nacionalna antimonopolska komisija može uporedo primenjivati i unitarno i svoje nacionalno pravo konkurencije. Da bi primena prava konkurencije Evropske unije od strane organa vlasti država članica bila ujednačena, konzistentna i koherentna, Evropski parlament i Savet su 11. decembra 2018. godine doneli Direktivu br. 2019/1 s ciljem harmonizacije procesnopravnih i organizacionopravnih aspekata prava konkurencije država članica. U članku je izvršena komparacija Direktive i našeg Zakona o zaštiti konkurencije. Zaključeno je da je Zakon u velikoj meri usklađen sa Direktivom. Neka normativna rešenja koja nisu sadržana u Zakonu, predviđena su Nacrtom novog zakona o zaštiti konkurencije. Nacrt bi trebalo izmeniti i dopuniti sa nekoliko preostalih novina, a pre svega onim koje se tiču novčane kazne, zastoja zastarelosti i pokajničkog programa.

Ključne reči: pravo konkurencije, administrativni postupak, Evropska unija, harmonizacija

Prof. dr Stefan Šokinjov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: svarga@jura.kg.ac.rs. Rad je napisan u okviru naučnog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu „Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije“, koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

U V O D

Da bi zajedničko tržište funkcionisalo, slobodan protok roba i usluga ne sme biti ograničen aktima restriktivne poslovne prakse. Zato je još osnivački ugovor Evropske ekonomske zajednice sadržao odredbe o pravu konkurencije. Primena ovih odredaba, kao i sekundarnih izvora prava kojima se one razrađuju, i tada je bila, a i sada je, u nadležnosti (kom)unitarnih organa vlasti. Međutim, pred najveće proširenje Evropske unije (2004. godine), Regulativom Saveta br. 1/2003 izvršena je decentralizacija primene antimonopolskog prava Evropske unije u smislu da su ga, pored Evropske Komisije, dužni primenjivati i organi vlasti država članica.¹ Pri svemu tome treba napomenuti da uz pravo konkurencije Evropske unije istovremeno postoje i nacionalna prava konkurencije. To znači da danas antimonopolske komisije i sudovi država članica primenjuju i unitarno i nacionalno pravo konkurencije. To ne znači da organi vlasti država članica u svakom slučaju narušavanja konkurencije primenjuju uporedo i unitarno i nacionalno pravo konkurencije, već da uporedna primena i unitarnog i nacionalnog prava konkurencije u istom slučaju od strane nacionalne antimonopolske komisije ili nacionalnog suda nije isključena. Tako nešto će se desiti onda kada se predmetnom restriktivnom poslovnom praksom utiče ili može uticati na trgovinu između država članica. Zbog toga ćemo u ovom članku prvo obraditi koncept uticaja na trgovinu između država članica.

U okviru sistema paralelnih nadležnosti u primeni prava konkurencije EU moguće su tri osnovne situacije prema kojima će slučajeve voditi:

- Komisija,²
- antimonopolska komisija jedne države članice EU uz moguću asistenciju antimonopolskih komisija jedne ili više drugih država članica EU i
- antimonopolske komisije više država članica EU paralelno.³

¹ *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, OJ L 1 of 04.01.2003 (u daljem tekstu: Regulativa), čl. 3(1). „Unitarno i nacionalno pravo konkurencije primenjuju se paralelno“ (Wouter Wils, „The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartllamt“, <http://ssrn.com/author=456087>).

² Postoji pravna pretpostavka da je nadležnost Komisije da postupa optimalna ako jedan ili više kartelnih sporazuma ili utanačenja, uključujući mreže sličnih sporazuma ili utanačenja, imaju štetno dejstvo na konkurenciju u više od tri države članice (*Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities OJ C 101, 27/4/2004, p. 043-053, tač. 14*).

³ Radi razmene informacija i alokacije predmeta uspostavljena je mreža nacionalnih antimonopolskih komisija (Annalies Outhuijse, Kati Cseres, „Parallel Enforcement and Accountability: the Case of EU Competition Law“, *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No 11/2017* (<https://ssrn.com/abstract=2995729>)). I svakako da bi struktura ovog rada trebala da sadrži

Jasno je da u takvoj situaciji, kada organi vlasti država članica u istom slučaju uporedo primenjuju i unitarno i nacionalno pravo konkurencije postoji potreba da primena antimonopolskog prava uopšte, a posebno antimonopolskog prava Evropske unije bude konzistentna. Nekonzistentna i neujednačena primena antimonopolskog prava (EU) od strane nacionalnih organa vlasti može biti izazvana razlikama u regulisanju prava konkurencije na nacionalnom nivou. S obzirom da su „najveće razlike u oblasti procesnog i organizacionog prava“,⁴ Evropski parlament i Savet doneli su Direktivu s ciljem ujednačenja procesnopravnih i organizaciono pravnih normi antimonopolskog prava država članica.⁵ Stoga će drugi deo ovog rada biti posvećen selektivnom prezentovanju sadržine Direktive i poređenju sa normativnim rešenjima sadržanim u našem pravu konkurencije. U obzir će se uzeti i sada važeći Zakon o zaštiti konkurencije i Nacrt novog zakona o zaštiti konkurencije.

UTICAJ NA TRGOVINU IZMEĐU DRŽAVA ČLANICA

Ekstenzivno tumačenje uticaja na trgovinu između država članica

U sudskoj praksi je ovaj uslov protumačen šire. O širem tumačenju ovog uslova zaključujemo imajući u vidu tumačenje: 1) njegovog teritorijalnog opsega; 2) pojma trgovine; 3) ostvarenosti efekta na trgovinu i 4) prirode uticaja na trgovinu između država članica.

Ako postoji transnacionalni element u konkretnom tržišnom odnosu u smislu da se restriktivna poslovna praksa realizuje na teritoriji barem dve države članice, uslov uticaja na trgovinu između država članica je ispunjen. Pri tome nije bitna veličina teritorija tih država članica. To mogu biti i najmanje države članice EU čija celokupna teritorija odgovara regionalnom tržištu neke druge države članice. Isto tako, ne zahteva se da su restriktivnom poslovnom praksom obuhvaćene

kratak opis ustrojstva i funkcionisanja pomenute mreže. Ali, pošto je to već urađeno, a da (se) ne bi ponavljali i prepisivali već napisano v. Siniša Varga, „Organi vlasti nadležni za primenu prava konkurencije Evropske unije“, *Pravni život*, br. 14, Beograd, 2007, 230-235.

⁴ Ondrej Blažo, *Harmonization of Competition Law in Globalized Economy and European Law*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1720819.

⁵ *Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11th December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market*, OJ L 11 of 14/01/2019 (u daljem tekstu: Direktiva). U čl. 1(2) i 2(2) Direktive izričito se navodi da je Direktivom obuhvaćena ne samo primena čl. 101 i 102 UFEU nego i uporedna primena nacionalnog prava konkurencije na isti predmet. Prema tome, smatra se da se svako normativno rešenje Direktive odnosi i na pravo konkurencije države članice (kada se u istom slučaju paralelno primenjuje sa unitarnim konkurencijskim pravom).

celokupne teritorije država članica. Dovoljno je ako se restriktivna poslovna praksa sprovodi na delovima teritorija (barem dveju) država članica. Međutim, uticaj na trgovinu između država članica može postojati i onda kada se predmetna poslovna praksa realizuje u okviru granica samo jedne države članice, kao i u slučajevima kada privredni subjekt iz Evropske unije zaključuje sporazum sa privrednim subjektom čije se sedište nalazi izvan teritorije Evropske unije. Prema tome, uticaj na trgovinu između država članica nije zavisao od širine relevantnog tržišta u smislu da se uticaj na trgovinu između država članica ostvaruje samo onda kada relevantno geografsko tržište obuhvata teritoriju dveju ili više država članica.⁶

Kada se radi o restriktivnim poslovnim praksama u okviru jedne države najčešći uticaj na trgovinu između država članica ostvaruje se formiranjem prepreka za ulazak konkurenata iz drugih zemalja ili za uvoz na dato tržište. To može npr. biti slučaj ako se distribucija predmetne robe vrši u okviru vertikalnog ugovornog sistema zatvorenog tipa. Sektorska tehnička standardizacija izvršena od strane horizontalnog kartela takođe može predstavljati prepreku za ulazak na domaće tržište. Isto dejstvo se postiže i rabatima za lojalnost koji se odobravaju domaćim kupcima. Naravno, nije svejedno da li je u ovim slučajevima restriktivnom poslovnom praksom obuhvaćena teritorija cele zemlje ili deo državne teritorije. Što je relevantno tržište manje, manje su i mogućnosti za uticaj restriktivne poslovne prakse na trgovinu između država članica. Zapravo, što je uža teritorija koja je obuhvaćena restriktivnom poslovnom praksom obim prometa mora biti veći da bi se postigao uticaj na trgovinu između država članica.⁷ Ukoliko je relevantno tržište lokalno, smatra se da se restriktivnim sporazumima na takvom tržištu neće uticati na trgovinu između država članica, pa „čak ni onda kada je lokalno tržište locirano u pograničnom području.“⁸ Nešto je drugačija situacija sa zloupotrebom dominantnog tržišnog položaja. Naime, ako se dominantni tržišni položaj zloupotrebljava na međunarodnom aerodromu ili luci, iako su ovi infrastrukturni saobraćajni objekti po prostranstvu lokalnih dimenzija, realno je očekivati da to utiče na trgovinu između država članica. Generalno, kad je reč o restriktivnoj poslovnoj praksi koja se preduzima na teritoriji samo jedne države članice, utvrđivanje postojanja uticaja na trgovinu između država članica zahteva sprovođenje temeljnije istrage.⁹

Primena prava konkurencije Evropske unije ne zavisi od toga gde je restriktivni ugovor zaključen ili u kojim državama se nalazi sedište ugovornih stranaka,

⁶ Maher M. Dabbah, *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004, 80.

⁷ *Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, OJ C 101, 27/04/2004, tač. 90 (dalje u tekstu: *Smernice*).

⁸ *Smernice*, tač. 91.

⁹ *Smernice*, tač. 77.

ukoliko se ugovorne obaveze izvršavaju na teritoriji Evropske unije ili se, bez obzira na mesto izvršenja ugovornih obaveza, na jedinstvenom tržištu ostvaruju efekti tog sporazuma. Klasični primer je podela svetskog tržišta u smislu da se jedna ugovorna strana obavezuje da neće trgovati na teritoriji EU, a druga se obavezuje da neće prodavati robu ili pružati usluge izvan EU. Zabrana reeksporta u EU je takođe vid restriktivne poslovne prakse kojom se utiče na trgovinu između država članica.

Trgovina između država članica se u smislu ovog uslova široko tumači i obuhvata ne samo tradicionalne industrijske i komercijalne aktivnosti kao što su proizvodnja i distribucija, nego i pružanje svih vrsta usluga uključujući ne samo bankarske usluge, usluge osiguranja i finansijske usluge, nego i prevoz i sve ostale vrste transportnih usluga,¹⁰ kao i osnivanje preduzeća, agencija, predstavništava i zavisnih društava.¹¹

Da bi uslov uticaja na trgovinu između zemalja članica bio ispunjen, nije neophodno da se restriktivnom poslovnom praksom stvarno utiče na trgovinu između država članica. Dovoljno je da postoji mogućnost uticaja na trgovinu između država članica.¹² Doduše, tekst čl. 107 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) je drukčije formulisan od teksta u čl. 101 i 102 UFEU. U čl. 101 i 102 uslov je formulisan kao mogućnost uticaja na trgovinu između država članica. Međutim, u odredbi UFEU koja se odnosi na nedozvoljenu državnu pomoć (čl. 107) piše da je državna pomoć nespojiva sa unutrašnjim tržištem u meri u kojoj se njome utiče na trgovinu između država članica. Prema jezičkom tumačenju ove odredbe, samo stvarni uticaj na trgovinu između država članica je pravno relevantan. Međutim, iz prakse Suda pravde Evropske unije proizlazi da je uslov ispunjen ako nije nezamislivo da će primalac državne pomoći konkurisati preduzeću iz druge države članice.¹³ Imajući to u vidu čl. 107 UFEU tumači se isto kao i čl. 101 i 102 UFEU u smislu da je državna pomoć nedozvoljena ako se mogućnost uticaja na trgovinu između država članica ne može isključiti.¹⁴

¹⁰ Daniel Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, 90.

¹¹ Lydia Scholz, *Effect on Trade between Member States*, <https://wikis.fu-berlin.de/display/onlinecomment/Art.+101+para.+1+TFEU+-+effect+on+trade+between+member+states>, last modified by Eduardo Cunha, 26/05/2017.

¹² M. Dabbah, op. cit., 81; D. Goyder, op. cit., 84; *Смернице*, tač. 40. U tački 41 Smernica se čak navodi da će uslov uticaja na trgovinu između država članica biti ispunjen čak i onda kada se u momentu preduzimanja restriktivne poslovne prakse njome ne utiče na trgovinu između država članica, ako se sa dovoljnim stepenom verovatnoće može zaključiti da će se tako nešto dogoditi u predvidljivoj budućnosti.

¹³ Cees Dekker, „The ‘Effect on Trade between the Member States’ Criterion: Is It the Right Criterion by which the Commission’s Workload Can Be Managed?“ *European State Aid Law Quarterly* No. 2/2017, 155. Autor se poziva na slučaj *Heiser* (C-172/03 [2005] ECR I 1627, para 35).

¹⁴ *Ibidem*, 156.

Prema tome, potencijalni uticaj na trgovinu između država članica je dovoljan da bi uslov za primenu unitarnog prava konkurencije na konkretan slučaj bio ispunjen. A kad je reč o stvarnom, aktuelnom, uticaju na trgovinu između država članica, pravno relevantan je ne samo direktni, nego i indirektnog uticaja na trgovinu između država članica je kada je predmet prekogranične trgovine finalni proizvod, a restriktivnom poslovnom praksom se utiče na slobodu trgovine poluproizvodom.

Jedno od najvažnijih pitanja u vezi sa uticajem na trgovinu između država članica je: da li taj uticaj mora da bude štetan? S jedne strane postoji mišljenje da nije neophodno da se na trgovinu između država članica utiče negativno da bi uslov uticaja na trgovinu između država članica bio ispunjen. Iz presude STM¹⁵ u kojoj je Sud pravde Evropske unije prvi put definisao ovaj uslov proističe da je dovoljno da se utiče na uobičajene trgovinske tokove odnosno ustaljeni način (*pattern*) obavljanja trgovine između država članica da bi uslov bio ispunjen. To znači da je ovaj uslov ispunjen i onda kada se obim trgovine između dve države članice povećava.¹⁶ S druge strane iz presude *Grundig*¹⁷ proističe da efekat na trgovinu između država članica ne može baš da bude neutralan. Naime u pomenutoj presudi se navodi da je uslov ispunjen onda kada se na uobičajeni obrazac trgovine utiče na način kojim se šteti ostvarenju ciljeva jedinstvenog tržišta. Takođe se u istoj definiciji umesto reči uticaj koristi reč pretnja. Neutralan efekat na trgovinu između država članica implicira šire, a štetan efekat uže tumačenje ovog u osnovi jurisdikcionog uslova. Imajući u vidu Smernice (tač.34), ustaljeni trgovinski obrazac je pojam neutralnog karaktera i ne znači da je uslov ispunjen samo onda kada je trgovina ograničena ili obim trgovine umanjen.

Osetan uticaj na trgovinu između država članica

Uticaj na trgovinu između država članica je pravno relevantan samo ako je osetan. Kriterijumi za utvrđivanje kada se uticaj na trgovinu između država članica smatra znatnim određen je Smernicama Komisije o konceptu dejstva na trgovinu iz čl. 81 i 82 Ugovora o Evropskoj zajednici od 27. aprila 2004. godine (2004/C 101/07).¹⁸ Prema Smernicama, uticaj na trgovinu između država članica nije osetan ako su kumulativno ispunjena dva uslova:

¹⁵ *Case 56/65, Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235, 249.

¹⁶ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčić, *EU Competition Law*, Maribor/Belgrade 2008, 105.

¹⁷ *Cases 56&58/64 Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR 299, 341.

¹⁸ Kao što narušavanje konkurencije i uticaj na trgovinu između država članica nisu isto (jer uticaj na trgovinu između država članica može postojati i kad konkurencija nije narušena), tako se i osetnost uticaja na trgovinu između država članica ne određuje prema tzv. *de minimis* Belešci (2014/C 291/1).

1) ukupni tržišni udeo ugovornih strana na bilo kom relevantnom tržištu unutar Evropske unije ne premašuje 5% i

2) godišnji prihod na unutrašnjem tržištu u prethodnoj finansijskoj godini ne premašuje 40 miliona evra i to:

a) u slučaju horizontalnih sporazuma: ukupan prihod ugovornih strana,

b) u slučaju vertikalnih sporazuma prihod snabdevača,

c) u slučaju ugovora o licenci: ukupan prihod sticalaca licence ostvaren primenom ustupljene tehnologije uvećano za prihod davaoca licence u vezi sa robom u koju je inkorporisana licencirana tehnologija i

d) u slučaju više snabdevača: kombinovani prihod koji je ostvaren kupovinom predmetnog proizvoda (*buyer's combined purchases*).

DIREKTIVA I DOMAĆE PROCESNO ANTIMONOPOLSKO PRAVO

Istražna ovlašćenja

Od istražnih radnji u Direktivi se pominju: zahtev za dostavljanje informacija, uzimanje izjava i pregled poslovnih i drugih prostorija. Prema čl. 8 Direktive, države članice su dužne ovlastiti antimonopolsku komisiju da može zahtevati dostavljanje svih informacija koje su pravno relevantne za utvrđivanje da li je konkurencija narušena ili ne. Prema Direktivi, takav zahtev se može uputiti preduzećima i udruženjima preduzeća, te drugim fizičkim ili pravnim licima. Ovo istražno ovlašćenje postoji u našem pravu konkurencije,¹⁹ s tim što su adresati zahteva za dostavljanje informacija tj. relevantnih podataka u našem pravu: stranke (čl. 44 st. 1), treća lica (čl. 48 st. 1) i državni organi i organizacije kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja (čl. 49). U čl. 8 Direktive se dalje navodi da antimonopolske komisije ne smeju od adresata zahtevati da priznaju povredu prava konkurencije. U pozitivnom pravu konkurencije ne nalazimo ovo ograničenje ovlašćenja na dostavljanje relevantnih informacija, ali je tako nešto predviđeno u čl. 85 st. 3 Radne verzije nacrtu zakona o zaštiti konkurencije (u daljem tekstu: Nacrt). I konačno, zahtev za dostavljanje informacija se prema Direktivi može odnositi samo na informacije koje su preduzećima i udruženjima preduzeća dostupne. U čl. 44 st. 1 Zakona se navodi da se od stranke mogu tražiti samo one informacije koje je stranka dužna da poseduje ili se osnovano pretpostavlja da ih poseduje. Imajući to u vidu smatramo da je ovaj zahtev iz Direktive u našem pozitivnom pravu konkurencije ispunjen.

¹⁹ Zakon o zaštiti konkurencije, *Sl. glasnik RS*, br. 51/2009 i 95/2013.

Pojedine informacije mogu biti poverljive i zbog toga na osnovu čl. 31 Direktive ne smeju postati dostupne javnosti odnosno moraju se, kako je to kod nas predviđeno u čl. 45 Zakona, tretirati kao zaštićeni podaci. Odredbe Zakona o zaštićenim podacima shodno se primenjuju i na privilegovanu komunikaciju. Prema čl. 51 Zakona privilegovanu komunikaciju čine pisma, obaveštenja i drugi oblici komunikacije između stranaka i njihovih punomoćnika.

U čl. 9 Direktive reguliše se uzimanje izjava odnosno intervju. Antimonopolskoj komisiji mora zakonom biti dodeljeno ovlašćenje da intervjuiše odnosno da uzme izjavu od bilo kojeg predstavnika preduzeća, udruženja preduzeća i drugog pravnog lica, kao i od bilo kojeg fizičkog lica. Što se našeg pozitivnog prava tiče (Zakon čl. 52, st. 1 tač. 5), izjave se mogu uzimati samo u postupku uviđaja tj. pregleda poslovnih prostorija i to od zastupnika stranke i njenih zaposlenih. U čl. 94 st. 1 tač. 6 Nacrta je ovo ovlašćenje zadržano. Međutim, Nacrt u čl. 88 sadrži i odredbe o saslušanju stranke, što znači da se izjave od stranke mogu uzimati i izvan procesne radnje pretresa prostorija. S obzirom da se prema čl. 89 Nacrta izjava može uzeti i od svedoka, možemo zaključiti da je krug lica od kojeg se može zahtevati davanje izjave približno širok kao u Direktivi.

Pregled poslovnih i drugih prostorija, zemljišta i prevoznih sredstava, uključujući i vršenje pretresa pomenutih objekata koji nisu najavljeni, predviđen je čl. 6 i 7 Direktive. Naš Zakon u čl. 52 (ovlašćenja kod sprovođenja uviđaja), čl. 53 (nenajavljeni uviđaj), čl. 54 (ulazak u prostorije) i čl. 55 (privremeno oduzimanje isprava i stvari) sadrži odredbe o ovlašćenju Komisije da vrši pregled poslovnih i drugih prostorija, zemljišta i prevoznih sredstava.

Sprovođenje postupka i odlučivanje

Pre nego što antimonopolska komisija donese odluku u meritumu, na osnovu čl. 3(3) Direktive, preduzeću mora biti dostavljeno Obaveštenje o preliminarno utvrđenim činjenicama (*Statement of objections*). Obaveštenje o utvrđenim činjenicama se u Zakonu spominje u čl. 38 st. 2. Predviđeno je i u čl. 97 Nacrta.

Prema čl. 11 Direktive antimonopolske komisije moraju imati ovlašćenje za određenje privremenih mera kada postoji rizik nanošenja znatne i nenadoknadive štete za konkurenciju. Naša Komisija za zaštitu konkurencije ovo ovlašćenje ima na osnovu čl. 56 Zakona. Direktivom se zahteva mogućnost preispitivanja odluka o privremenoj meri u ubrzanom žalbenom postupku. U našem pravu po žalbi na odluku koju o privremenoj meri donosi Predsednik Komisije odlučuje Savet.

Umesto odlukom kojom Komisija nakon što utvrdi da je konkurencija narušena izriče sankcije, na osnovu čl. 12 Direktive, postupak se može okončati

obavezivanjem stranaka na preduzimanje mera koje su one same predložile Komisiji (*commitments*). U našem Zakonu odredbe o preuzimanju obaveza u antimonopolskom postupku sadržane su u čl. 58.²⁰

Direktivom je određeno da antimonopolske komisije moraju imati ovlašćenje da od preduzeća i udruženja preduzeća zahtevaju da povredu konkurencije otklone, a u koju se svrhu mogu odrediti mere praćenja poslovanja ili strukturne mere (čl.10). Takođe mora postojati i mogućnost izricanja novčanih kazni bilo od strane antimonopolskih komisija, bilo od strane sudova u nekrivičnom postupku, a u slučaju da je povreda konkurencije izvršena namerno ili iz nepažnje (čl. 13). U našem pravu sankcije za kršenje prava konkurencije izriče u prvom stepenu Komisija za zaštitu konkurencije. Inače, kao i u Direktivi, Komisija je po Zakonu ovlašćena da odredi: 1. mere otklanjanja povrede konkurencije koje mogu da budu mere ponašanja ili izuzetno, strukturalne mere (čl. 59); 2. mere zaštite konkurencije u vidu novčane kazne (čl. 68) i 3. periodične procesne penale (čl. 70). Kad su u pitanju novčane kazne, za njihovo izricanje nije kao uslov izričito predviđena krivica stranke. Namera se prema čl. 57 st. 2 Zakon uzima u obzir prilikom određivanja visine kazne, a ne tretira se kao uslov za izricanje novčane kazne.

Prema čl. 14(3) Direktive ako je kazna izrečena udruženju preduzeća, a udruženje preduzeća nije solventno, ono je dužno da od svojih članova zatraži uplatu neophodnog novčanog iznosa radi plaćanja novčane kazne. Ukoliko članovi udruženja preduzeća ne izvrše pomenutu uplatu, antimonopolske komisije na osnovu čl. 14(4) Direktive moraju biti ovlašćene da kaznu naplate od preduzeća čiji su predstavnici bili članovi organa Udruženja nadležnog za donošenje odluka. Preduzeće od kojeg se zatraži plaćanje kazne izrečene Udruženju preduzeća može se ove obaveze osloboditi ako dokaže da alternativno: nije izvršilo odluku Udruženja preduzeća, nije znalo da takva odluka uopšte postoji ili ako se od takve odluke aktivno ogradilo pre početka istrage. Pitanje naplate novčane kazne od preduzeća regulisano je u našem zakonu čl. 57 st. 5 tako da je propisana solidarna odgovornost svih članova udruženja za isplatu novčane kazne ukoliko udruženje nije u mogućnosti da izvrši plaćanje ili ne poseduje svoja sopstvena sredstva.²¹ U čl. 115 Nacrta je ovo pitanje mnogo bolje regulisano. S obzirom da je Nacrt mnogo više u skladu sa Direktivom, odredbu čl. 115 Nacrta bi trebalo samo malo izmeniti preciziranjem da solidarnom odgovornošću nisu uvek obuhvaćeni svi članovi udruženja, već samo oni članovi čiji su predstavnici učestvovali u organima udruženja ovlašćenim

²⁰ U Nacrtu je pak ovakav vid okončanja antimonopolskog postupka predviđen čl. 100. Pandan tome u pravu kontrole koncentracija je uslovna koncentracija iz čl. 66 Zakona.

²¹ I ova alternativa je upitna. Zato i nije zadržana u Nacrtu.

na donošenje odluka zbog kojih je udruženje kažnjeno. Ovo iz razloga što odluku kojom se narušava konkurencija ne mora uvek doneti skupština udruženja.

Čitavo šesto poglavlje Direktive posvećeno je pokajničkom programu. U pozitivnom pravu konkurencije Republike Srbije ta materija je regulisana kako Zakonom (čl. 69) tako i Uredbom o uslovima za oslobađanje od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije (*Sl. glasnik RS*, br. 50/2010).²² Novine predviđene Direktivom su: obaveštenje o uslovnom oslobođenju od novčane kazne (čl. 17), zabeležba zahteva za oslobođenje od novčanih kazni (čl. 21) i podnošenje skraćenog zahteva za oslobođenje od novčane kazne (čl. 22). Antimonopolska komisija dužna je obavestiti podnosioca zahteva za oslobađanje od kazne da li mu je odobreno uslovno oslobođenje. Ovo pre svega zbog toga da bi u slučaju odbijanja zahteva za oslobođenje, preduzeće moglo što pre podneti zahtev za umanjene novčane kazne. Zabeležba zahteva za oslobođenje od novčane kazne je u funkciji ostvarivanja vremenskog prvenstva podnosioca zahteva u odnosu na druge članove kartela. Zabeležbom podnošenja zahteva obezbeđuje se mesto u redu za oslobođenje ili umanjene kazne, pošto nije svejedno kada je (u smislu redosleda) koji član kartela započeo učešće u pokajničkom programu. Nakon što mu se obezbedi prvenstvo u podnošenju zahteva, dato preduzeće pristupa prikupljanju dokaza potrebnih za oslobođenje od novčane kazne i njeno umanjene. Konačno, skraćeni zahtev za oslobođenje od novčane kazne nacionalnoj antimonopolskoj komisiji može podneti preduzeće koje je prethodno takav zahtev podnelo Evropskoj Komisiji. Pomenute specifičnosti nisu regulisane našim Zakonom, a ne nalazimo ih ni u Nacrtu.

I u Zakonu i u Nacrtu sadržane su odredbe o zastarelosti. U Nacrtu su one sistematizovane u odeljku X Nacrta, pa su preglednije. Pažnju privlače odredbe o prekidu zastarelosti. Prema čl. 68 st. 4 i 5 Zakona i čl. 120 st. 2, 3 i 4 Nacrta zastarelost se prekida svakom radnjom Komisije preduzetom radi utvrđenja povrede konkurencije ili druge povrede Zakona. Ako se postupak vodi protiv više preduzeća, zastarelost se prekida kada je bilo kom od njih (pod uslovom da u postupku učestvuje u svojstvu stranke) dostavljen podnesak Komisije. Posle svakog prekida zastarelost počinje ponovo da teče. Prema čl. 29 Direktive prekid zastarelosti nastaje od obaveštenja o prvoj službenoj istražnoj radnji koja je upućena najmanje jednom preduzeću prema kojem se sprovodi postupak, a računa se za sva ostala preduzeća ili udruženja preduzeća za koje se utvrdi da su učestvovali u povredi. Prekid zastarelosti traje sve dok prvostepeni organ ne okonča postupak odlukom, a ako je protiv prvostepene odluke podneto pravno sredstvo, dok se ne okonča postupak pred sudom.

²² Uz sve to je i Komisija 30. avgusta 2010. godine donela Smernice za primenu čl. 69 Zakona o zaštiti konkurencije i Uredbe o uslovima oslobođenja plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije.

Kao što se vidi u delu u kojem se reguliše prekid odnosno zastoj zastarelosti može se uočiti manja neusklađenost našeg prava konkurencije i Direktive.

Organizacionopravne norme

U segmentu pravnog položaja i organizacije antimonopolskih komisija Direktiva je posvećena njihovoj nezavisnosti (čl. 4) i opremljenosti (čl. 5). Što se nezavisnosti antimonopolske komisije tiče, države članice moraju obezbediti da zaposleni i osobe koje donose odluke:

- mogu obavljati svoje dužnosti i izvršavati svoja ovlašćenja zaštićeni od političkog ili drugog spoljnog uticaja;
- ne traže niti primaju nagode od vlade ili bilo kog drugog subjekta, javnog ili privatnog;
- suzdržavaju se od bilo kojeg delovanja koje je nespojivo s obavljanjem njihovih dužnosti i/ili izvršavanjem njihovih ovlašćenja, a što uključuje i izbegavanje sukoba interesa tokom razumnog razdoblja nakon prestanka mandata.

Lica koje donose odluke ne smeju biti razrešeni niti im se sme dati otkaz zato što u okviru datih ovlašćenja uredno obavljaju svoju dužnost. Ova lica moraju biti odabrana, zaposlena ili imenovana u jasnim i transparentnim pravnim postupcima ako ispunjavaju uslove koji su unapred utvrđeni nacionalnim pravom.

Što se tiče resursa, države članice moraju antimonopolskoj komisiji omogućiti da ova obezbedi dovoljno kvalifikovanih zaposlenih i minimalne finansijske, tehničke i tehnološke resurse koji su potrebni za efikasno obavljanje poslova iz njenog delokruga. To znači da o trošenju finansijskih sredstava koja su im dodeljena iz budžeta antimonopolske komisije samostalno odlučuju. To ne sprečava državu članicu da antimonopolskoj komisiji propiše obavezu dostavljanja periodičnih izveštaja, kako o trošenju budžetskih sredstava, tako i o drugim segmentima rada.

U našem pozitivnom pravu Komisija za zaštitu konkurencije je pravno lice koje vrši javna ovlašćenja kao samostalna i nezavisna organizacija i koja za svoj rad odgovara zakonodavnom, a ne izvršnom organu vlasti (Zakon, čl. 20). Pravni položaj Komisije za zaštitu konkurencije je detaljno regulisan u IV delu Zakona. Odredbama o uslovima i postupku izbora članova Saveta i Predsednika Komisije ispunjeni su zahtevi nezavisnosti i samostalnosti u radu. Ovo pogotovo ako se zna da u Republici Srbiji Predsednika Komisije i članove Saveta bira i razrešava Narodna skupština. Posebno su regulisani nespojivost funkcija i poslova (čl. 27) i sukob interesa (čl. 28). Što se finansiranja tiče, visinu administrativnih taksi i finansijski plan određuje Komisija, ali ova dokumenta Komisije podležu naknadnoj saglasnosti Vlade Republike Srbije da bi se mogla primenjivati. Takođe, iako pravne propise

za sprovođenje Zakona o zaštiti konkurencije donosi Vlada, Komisija je ovlašćena da učestvuje u njihovoj izradi. Smatramo da ova ovlašćenja Vlade ne narušavaju samostalnost i nezavisnost Komisije za zaštitu konkurencije.

Što se tiče resursa, pre svega kadrovskih, Komisija za zaštitu konkurencije pored Saveta i Predsednika Komisije ima internog revizora, kabinet Predsednika i Sekretara koji rukovodi sa sedam sektora (za ispitivanje koncentracija, za utvrđivanje povreda konkurencije, za zastupanje politike zaštite konkurencije i međunarodnu saradnju,²³ za pravne poslove, za ekonomske analize, za materijalno-finansijske poslove i za normativnopravne, kadrovske i opšte poslove).

ZAKLJUČAK

U Evropskoj uniji se zaštita konkurencije sprovodi na osnovu unitarnog prava konkurencije i prava konkurencije država članica. Pravo konkurencije Evropske unije primenjuje se samo ako postoji mogućnost uticaja na međudržavnu trgovinu. U ostalim slučajevima primenjuje se nacionalno pravo. Međutim, klasična raspodela nadležnosti dva nivoa vlasti zakomplikovana je obavezom država članica da primenjuju unitarno pravo konkurencije u slučajevima kada se predmetnim aktom restriktivne poslovne prakse može ostvariti uticaj na trgovinu između država članica. To znači da postoje situacije u kojima antimonopolska komisija države članice u istom slučaju paralelno primenjuje i unitarno i svoje nacionalno pravo konkurencije. Potrebu ujednačene primene unitarnog prava konkurencije od strane antimonopolskih komisija raznih zemalja članica, pogotovo ako se događa u istom predmetu, ne treba naglašavati. Takođe, ne bismo mogli reći da bi bilo prihvatljivo da se unitarno i nacionalno pravo konkurencije u istom slučaju od strane iste antimonopolske komisije primenjuju po različitim procesnim pravilima. Zbog toga su Evropski parlament i Savet doneli Direktivu 2019/1 (OJ L 11, 14/01/2019) kojom su zemlje članice obavezane da u svoje pravo konkurencije unesu odredbe procesnog i organizacionog karaktera i tako taj deo prava konkurencije harmonizuju i međusobno i sa pravom po kojem postupa Evropska Komisija. U vezi sa svim tim u radu nam je bilo bitno da ustanovimo koliko je pravo konkurencije Republike Srbije usklađeno sa ovom Direktivom. Iako je važeći Zakon usvojen desetak godina pre Direktive, nivo usklađenosti sa Direktivom je vrlo visok; mogli bismo reći gotovo pa 90%. Takođe, neke od normativnih novina iz Direktive, a koje nisu sadržane u Zakonu, stručna lica Komisije predvidela su u Radnoj verziji Nacrta zakona o zaštiti konkurencije.

²³ U vezi sa međunarodnom saradnjom napomenuli bismo da Direktiva sadrži odredbe koje se odnose na saradnju nacionalnih antimonopolskih komisija uključujući i izvršenje odluka kojima se izriču novčane kazne ili periodični penali (čl. 24-28 Direktive – Poglavlje VII Uzajamna pomoć).

Eventualne izmene našeg zakona (a koje nisu sadržane ni u Nacrtu) bi se, pre svega, odnosile na odredbe o: odgovornosti članova udruženja preduzeća za plaćanje novčane kazne izrečene udruženju preduzeća i prekidu odn. zastoju zastarelosti, dok bi se dopune Zakona (odnosno Nacrta) odnosile na uvođenje obaveze obaveštenja o odobrenju uslovnog oslobođenja od plaćanja novčane kazne, kao i zabeležbe zahteva za oslobađanje od plaćanja novčane kazne tj. za njeno umanjeње u tzv. pokajnički program. Takođe je potrebno ozbiljno razmotriti tretman krivice u vezi sa merama zaštite konkurencije odnosno da li je postojanje krivice okolnost koja je od uticaja na visinu novčane kazne ili je to pak uslov za izricanje novčane kazne preduzećima ili udruženjima preduzeća za koje je utvrđeno da su narušili konkurenciju.

Neke od normativnih novina sadržanih u Direktivi, kao što su skraćeni zahtev za oslobođenje od plaćanja novčane kazne i regulisanje uzajamne pomoći antimonopolskih komisija država članica Evropske unije, ne moramo (što ne znači da ne možemo ili da ne bi trebali) sad uvoditi u naše pravo konkurencije jer su rezervisane za odnose koji se uspostavljaju prijemom u članstvo EU.

Prof. Dr. STEFAN ŠOKINJOV
Full Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE HARMONIZATION OF NATIONAL COMPETITION LAW TO EU LAW ON COMPETITION

Summary

When competition authorities of the Member States apply national competition law to a restrictive business practice which may affect trade between Member States they are obliged to simultaneously apply onto that case Art. 101 or 102 of TFEU. It means that national and EU competition law may be enforced at the same time by the same national competition authority (NCA). In such situation it is very important to assure that both different NCAs applying the EU competition law and the same NCA applying national and Union competition law in parallel do(es) not reach different outcome in the same case. To avoid such inconsistency European Parliament and Council adopted Directive No 2019/1 (OJ L 11 of 14/01/2019). The aim of Directive is that in cases of parallel application of national and Union competition laws NCAs have the same guarantees of independence, resources and enforcement and fining powers. In the paper author deals with comparison of the Republic of Serbia 2009 Act of Protection of Competition and Directive. Although the 2009 Act was adopted almost ten years before Directive the level of adjustment is very high. Fewer adjunctions are needed especially in the fields of fine payment, limitation periods suspension and leniency program.

Key words: competition law, administrative procedure, European Union, harmonization

Literatura

- Blažo O., Harmonization of Competition Law in Globalized Economy and European Law, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1720819.
- Dabbah M., EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials, Cambridge 2004.
- Dekker C., „The 'Effect on Trade between the Member States' Criterion: Is It the Right Criterion by which the Commission's Workload Can Be Managed?“ European State Aid Law Quarterly No. 2/2017.
- Goyder D., EC Competition Law, Oxford 2003.
- Outhuijse A, Cseres, K., „Parallel Enforcement and Accountability: the Case of EU Competition Law“, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No 11/2017, <https://ssrn.com/abstract=2995729>.
- Scholz L., Effect on Trade between Member States, <https://wikis.fu-berlin.de/display/oncomment/Art.+101+para.+1+TFEU+effect+on+trade+between+member+states>, last modified by Cunha, E. 26/05/201.
- Tratnik M., Ferčić A., EU Competition Law, Maribor/Belgrade, 2008.
- Wils W., „The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartllamt“, <http://ssrn.com/author=456087>.

PREGLEDNI RAD

TIN MATIĆ
TINA MATIĆ

PRIMJENA UMJETNE INTELIGENCIJE U ARBITRAŽI I PARNIČNOM POSTUPKU

U članku se analizira utjecaj očekivane Uredbe Europskog parlamenta i vijeća o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji) i izmjeni određenih zakonodavnih akata Unije na postupovno parnično i arbitražno pravo država članica. Posebno se razmatra njezin utjecaj na elektroničke tehnološke arbitraže te analizira pravna praznina u regulaciji koja će nastati kada Uredba bude donesena, kao i potreba za transparentnom primjenom umjetne inteligencije unutar parničnog i arbitražnog postupka. U toj analizi nude se određena rješenja za primjenu umjetne inteligencije u arbitražnim i općenito u sudskim parničnim postupcima.

Ključne riječi: umjetna inteligencija, arbitraža, postupovno pravo, Uredba EU-a o umjetnoj inteligenciji, visoko rizični sustavi UI-ja

UVODNA DEFINICIJA UMJETNE INTELIGENCIJE

Univerzalno prihvaćene doktrinarne definicije umjetne inteligencije nema, no ona je usmjerena na inteligentne aktivnosti više kognitivne razine, i to posebno one situacije kada računala djeluju samostalno, percipiraju okruženje, mogu se

Dr Tin Matić, advokat, Odvjetničko društvo Tin Matić i partneri d.o.o. Zagreb, viši predavač, Veleučilište s pravom javnosti Baltazar Zaprešić, Zaprešić, e-mail: tin.matic@zg.t-com.hr.

Tina Matić, magistar prava, asistent, Visoko učilište „Effectus“ Zagreb, e-mail: tina.maticeva@gmail.com.

prilagoditi te kreiraju i ostvaruju ciljeve, a što znači da mogu djelovati kako u predvidljivim, tako i u nepredvidljivim situacijama.¹

Doktrinarno određenje umjetne inteligencije² moglo bi biti da je to računalni program ili sustav programa i/ili elektroničko ili drugo automatizirano sredstvo, odnosno automatizirani sustav dvostranog komuniciranja elektroničkim porukama algoritamske³ strukture koji se koristi za samostalno – autonomno (u potpunoj, većoj ili manjoj mjeri) poduzimanje pravno relevantnih radnji u formi elektroničkog zapisa i/ili ljudski perceptivnih poruka – poruka prema trećima ili prema svojem korisniku, a da te pravno relevantne radnje u trenutku njihova poduzimanja ne nadgleda ili u njima aktivno ne sudjeluje fizička osoba u bilo kojem svojstvu, a koji djeluje u ime i za svojeg vlasnika/ce (korisnika/ce) neovisno o tome je li sustav pozicioniran unutar određenog pravnog sustava ili nastoji ostvariti vlastitu samostalnost i samodovoljnost izvan pravnog državnog sustava.⁴

Klasična definicija umjetne inteligencije jest sposobnost naprava da obavljaju funkcije koje su uobičajeno vezane uz ljudsku inteligenciju, kao što su zaključivanje, učenje i napredovanje⁵, dakle na više kognitivne funkcije.

Pozitivnopravnu definiciju umjetne inteligencije⁶ prvi put donosi Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i vijeća o utvrđivanju usklađenih pravila o

¹ Detaljnije, Ana Pošćić, „Postoji li potreba pravnog uređenja umjetne inteligencije u Europskoj uniji – razlozi za i protiv“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 42, br. 2, Rijeka, 2021, 385–404; 389–340.

² Definicija u Tin Matić, „Izazovi korištenja umjetne inteligencije i pametnih ugovora u rješavanju potrošačkih sporova“, *Okrugli stol – Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021, 93–118; 95.

³ U matematici i informatici algoritam je konačni niz precizno definiranih, računalno izvedivih uputa, tipično za rješavanje klase problema ili za izvršavanje računa. Algoritmi su uvijek nedvosmisleni i koriste se kao specifikacije za obavljanje izračuna, obrade podataka, automatiziranog zaključivanja i drugih zadataka. – Wikipedia, <https://hr.wikipedia.org/wiki/Algoritam>.

⁴ U ovom dijelu definicije misli se na tehnološki sustav blockchaina koji se nastoji ostvariti kao zatvoreni samostalni sustav, posebno kroz sustav pametnih ugovora (računalni protokol namijenjen digitalnom olakšanju provjere ili provođenja pregovora ili izvršenja ugovora). – While it seemingly precludes traditional legal enforcement, a blockchain based system's software enforces its own rules in a manner analogous to the legal system. – Kevin Werbach, „Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law“, *Berkeley Technology Law Journal* (vol. 33:487:2018), 488–550; 492.

⁵ Prema Marshal S. Willick, „Artificial Intelligence – Some Legal Approaches and Implications“, *AI Magazine*, Vol. 4, No. 2 (1983 (AAAI), 6.

⁶ Dalje se koristi kratica UI.

umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji) i izmjeni određenih zakonodavnih akata Unije⁷ koji će nešto kasnije biti analiziran i kompariran s doktrinarnom definicijom.⁸

OBLICI TEHNOLOŠKE ELEKTRONIČKE/DIGITALNE ARBITRAŽE, ODNOSNO NAČINA RJEŠAVANJA SPOROVA I PRAVOSUĐENJA⁹

Prvi je oblik digitalne tehnološke arbitraže ili pravosudnog postupka tzv. elektronička arbitraža ili elektronički pravosudni postupak, kojim se nastoje promovirati načela elektroničke funkcionalnosti u suđenju/arbitraži, elektroničku ispravu, elektronički oblik, *online* arbitražu i suđenje (rasprave) te elektroničku komunikaciju stranaka i suda/arbitraže i dr.¹⁰ Ovaj tip arbitraže pretežito je ostvaren kroz ostvarivanje elektroničke trgovine u cijelom svijetu. Računala se pojavljuju kao sredstva komuniciranja. Jednako važi i za pravosudni sustav u cjelini.¹¹ On koristi elektroničke isprave, računala u komunikaciji i dostavi isprava.¹² Pravosudni proces ovaj oblik djelovanja koristi i danas, počevši od elektroničke komunikacije pa do održavanja *online* rasprava.¹³ U potpunosti se zadržava uloga suca, odnosno pravosudnog aparata kao državnog ili privatnog posrednika u rješavanju sporova.

⁷ Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i vijeća o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji) i izmjeni određenih zakonodavnih akata Unije, COM/2021/206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁸ V. kasnije poglavlje: Komparacija definicije UI-ja iz Uredbe s doktrinarnom definicijom.

⁹ Ovdje se daje skraćeni pregled prema Tin Matić i Stjepan Matić, „Umjetna inteligencija i (tehnološka digitalna) arbitraža“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, br. XXVIII, Mostar, 2020, 52–85; 71–79.

¹⁰ UNCTAD Dispute Settlement – International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration, UN, New York i Ženeva, 2003. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.20. S obzirom na vrijeme (oko 2000. godine) kada su termin i orijentacija nastali, a koje je vrijeme početka afirmacije elektroničkog načina trgovanja, e-trgovine, razumljiva su i iznesena shvaćanja, koja su danas u pretežitoj mjeri prihvaćena. Detaljnije u navedenoj publikaciji UNCTAD-a.

¹¹ Npr. Zakon o parničnom postupku RH (NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/1, 70/19, 80/22) – čl. 106a. – Elektronički podnesak.

¹² Detaljno, Aleksandra Maganić, „Primjena elektroničke tehnologije u parničnom postupku“, *Okrugli stol – Novine u parničnom procesnom pravu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2020, 79–110.

¹³ Npr. Zagrebačka pravila SAS-a pri HGK-u u Zagrebu u čl. 10. st. 5. određuju da tajnik Sudišta ili arbitražni sud mogu zatražiti od stranaka da svoje podneske i priloge podnose Sudištu i u elektroničkom obliku.

Drugi oblik digitalne tehnološke arbitraže ili pravosudnog postupka upravo je korištenje UI arbitraža unutar tradicionalnog pristupa arbitraži, odnosno unutar pravosudnog procesa, što znači uz korištenje UI-ja kao pomagala u radu arbitrima/sucima fizičkim osobama. No, radi se o pomagalima koja nadmašuju tehničku razinu iz toč. 2.1. Radi se o programima koji se odnose na pravno istraživanje (*legal research*) i pregled dokumentacije (*document review*), zajedno s unosom podataka.¹⁴ Radi se o unosu podataka, njihovoj obradi, selekciji, odabiru primjenjive pravne norme te nuđenju mogućeg rješenja pravnog problema. U odnosu na navedeno već postoje određeni programi koji obavljaju navedene poslove, no radi se uglavnom o programima prilagođenim američkom pravnom sustavu (pravu) i engleskom jeziku. Najpoznatiji je ROSS,¹⁵ a poznati su i *Casetext*, *Fastcase* i *Casemaker*.¹⁶ Računala i dalje rade pod punim nadzorom i uputama arbitra ili suca i služe im samo na tehničkoj razini te kada prelaze tu razinu isključivo na informativnoj razini, bez formalnopravnog identiteta ili subjektiviteta. Radi se zapravo o nevidljivom, pozadinskom procesu u kojem programski sustavi olakšavaju rad sucima ili arbitrima, no koji svojim selekcijama činjeničnog ili pravnog supstrata ili primjenama prava na činjenice zasigurno mogu utjecati na konačni rezultat pravosudnog procesa te stoga nije čudo da prijedlog Uredbe¹⁷ smatra da su takvi programi unutar njezinog obuhvata.

Zadržava se uloga suca ili arbitra, odnosno pravosudnog aparata, kao posrednika u rješavanju sporova. Iako procesni propisi pred sudovima ne reguliraju ovakvo postupanje, isto ni u kojem slučaju ne zadire u postavke tradicionalnog pravosudnog sustava i pravosuđenja. Premda se isti ne primjenjuje u praksi, nema

¹⁴ Thomas Snider, Sergejs Dilevka, „Artificial Intelligence and International Arbitration: Going Beyond E-Mail“, <https://www.mondaq.com/saudiarabia/Technology/703064/Artificial-Intelligence-And-International-Arbitration-Going-Beyond-E-Mail>. „A significant amount of legal research and document review has now shifted from libraries and client basement archives onto online platforms. However, in the hunt for exhaustive research/review, counsel and arbitrators still read through innumerable pages, frequently containing irrelevant text. Application of search terms to text is mostly of assistance but is regularly impeded by false positive results and, in any case, requires constant human supervision. Use of AI for legal research and document review in the foreseeable future will cut the time necessary for such exercises from hours/days/months/years to seconds (in some instances to milliseconds).“

¹⁵ ROSS is a legal research platform that makes your research fast and easy using artificial intelligence.

Cijena korištenja iznosi svega 69 američkih dolara mjesečno. V. detaljno na <https://rossintelligence.com/>. Ross je predstavljen čak i u Hrvatskoj odvjetničkoj komori 2017. V. predstavljanje u „Odvjetniku“, br. 3/4, 2017. – Elektronički odvjetnik.

¹⁶ Lawyerist, <https://lawyerist.com/reviews/online-legal-research-tools/ross-intelligence/>.

¹⁷ V. napomenu 36.

razloga da se isti ne bi koristio jer bi predstavljao samo olakšanje rada sucu i ubrzanje pripreme predmeta za odluku. Međutim, kao takav nesumnjivo može ili izravno ili posredno neizravno utjecati na konačnu odluku kroz selekciju činjenica ili prava koju provodi. Stoga, sukladno predloženoj regulativi Uredbe,¹⁸ izgleda da ovi sustavi UI-ja također podliježu njezinoj regulativi. Za napomenuti je da je tehnološki razvoj trenutno uglavnom situiran u okvirima ove faze razvoja.

Ovo pitanje posebno je interesantno u sklopu Novele ZPP-a RH od 11. 7. 2022.¹⁹ te korištenja tehnoloških rješenja u parničnom postupku.

Činjenica je da su novine koje su izvršene predstavljaju partikularan zahvat bez razmatranja cjeline korištenja softvera i tehnoloških rješenja unutar parničnog postupka, a isto tako i bez neke koncepcije njegovog korištenja ni u sadašnjosti ni u budućnosti.

Naime, korištenje digitalnih tehnologija u raspravljanju regulirano je (noveliranim) člankom 115.²⁰ ZPP-a. Navedena odredba prije novele iz srpnja 2022. kao prilično kazuistična i sistemski nedorečena zasigurno se kreće u okvirima prikazane točke 2.1. digitalnog sustava postupka parnice ili arbitraže.

Međutim, u noveliranom tekstu mijenja se koncepcija ovog članka²¹ tako da uvodi korištenje tehnološke platforme i poseban Pravilnik koji donosi ministar. Ovdje se nesumnjivo radi o napretku korištenja softvera i hardvera u parničnom postupku koji ne konzumira sve elemente postupka definiranog pod ovom točkom (2.2.), ali koji djelomično sigurno obuhvaća, i to potpuno jasno u području pregleda dokumentacije (*document review*), zajedno s unosom podataka u spis.²² Iako je ovako bez točnog prikaza operativnosti sustava nemoguće dati odgovor ulazi li taj

¹⁸ V. napomenu 36.

¹⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku – NN 80/2022 od 11. 7. 2022.

²⁰ Članak 115. (prije novele iz 2022.) Ročište se, u pravilu, održava u sudskoj zgradi. Sud može odlučiti da se ročište održi izvan sudske zgrade kad ustanovi da je to nužno ili da će se na taj način uštedjeti u vremenu ili u troškovima postupka. Sud može odrediti da se ročište održi na daljinu, uz korištenje odgovarajućih audiovizualnih uređaja, ili da se na taj način izvede pojedini dokaz. Protiv rješenja suda iz stavaka 2. i 3. ovoga članka nije dopuštena žalba.

²¹ Članak 11. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku – NN 80/2022 od 11.7.2022. glasi: U članku 115. stavku 3. iza riječi: „uređaja“ briše se zarez i dodaju se riječi: „i tehnološke platforme za komunikaciju na daljinu“. Iza stavka 4. dodaju se stavci 5. i 6. koji glase: „O održavanju ročišta ili izvođenju pojedinog dokaza na daljinu odlučuje sud nakon što o tome pribavi očitovanja stranaka i drugih sudionika koji trebaju sudjelovati na ročištu koje će se održati na daljinu. Način održavanja ročišta na daljinu uz korištenje odgovarajućih audiovizualnih uređaja i tehnološke platforme za komunikaciju na daljinu ili izvođenje pojedinog dokaza na taj način uređuje se pravilnikom koji donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa.“

²² Detaljnije Tin Matić i dr., *ibidem*.

sustav nedvojbeno u ovu fazu razvoja ili ne, zasigurno ima njezine elemente. Zbog toga zasigurno ne bi bilo suvišno postaviti barem orijentacijske kriterije korištenja UI-ja u parničnom postupku u okvirima Zakona, jer ovako je moguće da će to učiniti pravilnik, a što ne bi bilo oportuno i vjerojatno ne bi bilo niti u skladu s potrebom zakonske regulacije postupka.

Treći je oblik digitalne tehnološke arbitraže ili digitalnog pravosuđenja upravo UI arbitraža ili suđenje u kojoj UI ima ovlaštenje i prerogative arbitra ili suca,²³ što znači da donosi konačnu odluku – pravorijek i/ili neke odluke u tijeku arbitražnog ili pravosudnog procesa. I ovdje se računala pojavljuju kao nositelji UI tehnologije, ali arbitraža ili sudski proces kao proces imaju vlastiti tijek, početak i kraj neovisan od drugih procesa i pojavljuju se kao odvojen proces od procesa ostvarenja i izvršenja ugovora. Ulogu posrednika u rješavanju sporova preuzima UI kao pravosudni aparat ili sudac. Ovakav sustav u kojem bi UI preuzeo prerogative suca za sada nigdje nije predviđen kao način funkcioniranja pravosudne vlasti, a u pogledu arbitraže ukazuju se dvojbe oko dopustivosti i prihvatljivosti.²⁴ Dapače, teško je očekivati da državni pravosudni proces ikada bude u pretežitom dijelu „pretopljen“ u ovaj sustav jer to bi zapravo značilo nestanak tradicionalne pravosudne vlasti na kojoj se temelje zapadni demokratski politički sustavi. Preljevanje ove funkcije na UI predstavlja pravno filozofsko pitanje i problem koji će vjerojatno, u neko daleko vrijeme, biti predmet analize i istraživanja. Stoga ovakav oblik postupanja u rješavanju sporova u današnje vrijeme ostaje ekskluzivno rezerviran samo za ADR, odnosno arbitražu. Programi koji pomažu u rješavanju sporova i pregovorima kao suradnici međunarodnim arbitrima ubrzano se razvijaju. Na primjer, postoji *SmartSettle*,²⁵ stvoren za tražbine male vrijednosti, koji reducira dvopartitne pregovore na jednostavno numeričko pitanje i plan plaćanja. Postoji i *Adjust Winner*,²⁶ kao algoritam razvijen da podijeli robu između dviju strana što je pravednije moguće. *Mondria*,²⁷ koju koristi eBay, automatski je *online*

²³ Ovdje ne ulazimo u teorijska razmatranja je li takav oblik arbitraže ili pravosuđenja dopušten ili nije, no s obzirom na činjenicu da se o tome sve više raspravlja kao mogućem i dopustivom, posebno na području arbitraže, polazi se od mogućnosti da je takvo nešto dopušteno. – V. detaljno Gizem Halis Kasap, „Can Artificial Intelligence (AI) Replace Human Arbitrators? Technological Concerns and Legal Implications“, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2021, Issue 2, article 5, <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2021/iss2/5>. Autor se čak priklanja tezi da to zapravo nije moguće.

²⁴ Prema radu iz prethodne fusnote.

²⁵ <https://www.smartsettle.com/about-us/vision-speech/>.

²⁶ <http://www.nyu.edu/projects/adjustedwinner/>.

²⁷ <http://mondria.com/>.

program za rješavanje sporova koji je razvijen za rješavanje većeg broja sporova bez potrebe za sudskim ili arbitražnim rješavanjem spora.²⁸

U okvirima ovog dijela procesa moguće je razmotriti tri položaja UI-ja kao arbitra:

1. postavljanje UI arbitra kao jedinog arbitra ili kao potpuno arbitražno vijeće,
2. imenovanje ljudi kao arbitara u kombinaciji sa UI-jem kao članom arbitražnog vijeća i

3. ljudi kao arbitri mogu se savjetovati sa UI-jem kao provjerom odluke.²⁹

No, iako se radi o naoko različitim kategorijama, vidljivo je da točke 1. i 2. predstavljaju zapravo arbitražu iz ove točke u različitim varijantama, a ona iz točke 3. arbitražu iz prethodne točke ove sistematizacije.³⁰

UREDBA EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA O UTVRĐIVANJU
USKLAĐENIH PRAVILA O UMJETNOJ INTELIGENCIJI
(AKT O UMJETNOJ INTELIGENCIJI) I IZMJENI
ODREĐENIH ZAKONODAVNIH AKATA UNIJE

Uvod

Europski parlament bio je iznimno aktivan u području UI-ja. U listopadu 2020. donio je nekoliko rezolucija povezanih s UI-jem, među ostalim o etičnosti,³¹ odgovornosti³² i autorskom pravu.³³ U Rezoluciji o okviru etičkih aspekata umjetne

²⁸ Christine Sim, „Artificial Intelligence and Arbitration – Will Artificial Intelligence Take over Arbitration?“, *Asian Journal of International Arbitration*, 2018, https://www.academia.edu/36646259/Will_Artificial_Intelligence_Take_Over_Arbitrators_2018_forthcoming_Asian_Journal_of_International_Arbitration.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Ovdje su ispuštene arbitraže u sustavu pametnih ugovora u sustavu blockchain s obzirom na to da iste u ovom trenutku predstavljaju puno više teorijsko-akademsko, a ne praktično i stvarno pitanje. V. detaljnije Tin Matić i dr., *ibidem*.

³¹ Rezolucija Europskog parlamenta od 20. listopada 2020. o okviru etičkih aspekata umjetne inteligencije, robotike i s njima povezanih tehnologija, 2020/2012(INL), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_HR.html.

³² Rezolucija Europskog parlamenta od 20. listopada 2020. s preporukama Komisiji o sustavu građanskopravne odgovornosti za umjetnu inteligenciju, 2020/2014(INL), Službeni list Europske unije C 404/107 s nacrtom prijedloga Uredbe Europskog parlamenta i vijeća o odgovornosti za rad sustava umjetne inteligencije.

³³ Rezolucija Europskog parlamenta od 20. listopada 2020. o pravima intelektualnog vlasništva za razvoj tehnologija umjetne inteligencije (2020/2015(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_HR.html.

inteligencije, robotike i s njima povezanih tehnologija³⁴ Europski parlament posebno je Komisiji preporučio da predloži zakonodavne mjere kojima bi se iskoristile mogućnosti i koristi UI-ja te osigurala zaštita etičkih načela.³⁵ Nakon toga donesen je 2021. Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i vijeća o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji) i izmjeni određenih zakonodavnih akata Unije,³⁶ čije je usvajanje, s obzirom na komparativnu regulaciju te potrebu za regulacijom, izvjesno u relativno kratkom vremenu.³⁷

Iako je to na prvi pogled propis koji bi trebao regulirati ukupnost umjetne inteligencije, to nije tako. Dominantno se zapravo radi o etičkim načelima pretvorenim u pravna načela i propise za etički razvoj, primjenu i uporabu UI-ja, robotike i s njima povezanih tehnologija, obvezi i proceduri certifikacije UI-ja. Ovom se Uredbom, dakle, utvrđuje znatno uži aspekt UI-ja, a to su prema određenju same Uredbe:

- (a) usklađena pravila za stavljanje na tržište, stavljanje u uporabu i korištenje sustava umjetne inteligencije („UI sustava“) u Uniji;
- (b) zabrane određenih praksi u području umjetne inteligencije;
- (c) posebni zahtjevi za visokorizične UI sustave³⁸ i obveze za operatere takvih sustava;

³⁴ Rezolucija Europskog parlamenta od 20. listopada 2020. s preporukama Komisiji o okviru etičkih aspekata umjetne inteligencije, robotike i s njima povezanih tehnologija (2020/2012(INL)).

³⁵ Uvodna točka L. Rezolucije: budući da bi se, uz prilagodbu postojećem zakonodavstvu, na pravna i etička pitanja povezana s tim tehnologijama trebalo odgovoriti konkretnim i sveobuhvatnim regulatornim okvirom prava Unije koji će biti otporan na buduće promjene i u kojem će se istovremeno odražavati načela i vrijednosti Unije sadržani u Ugovorima i Povelji Europske unije o temeljnim pravima („Povelja“) te kojim se neće prekomjerno regulirati, već će se njime samo zatvoriti postojeće pravne praznine i povećati pravna sigurnost za poduzeća i građane, počevši od uvođenja obveznih mjera za sprečavanje praksi kojima bi se nedvojbeno ugrozila temeljna prava i slobode.

³⁶ Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i vijeća o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji) i izmjeni određenih zakonodavnih akata Unije, COM/2021/206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Kada se u daljnjem tekstu spominje Uredba, misli se na ovaj prijedlog Uredbe.

³⁷ Detaljnije o samoj Uredbi, Michael Vadee, Frederik Zuiderveen Borgesius, „Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act“, CRI 4/2021, *Computer Law Review International, A Journal of Information Law Technology*, 97–112.

³⁸ Članak 6. Pravila klasifikacije visokorizičnih UI sustava

1. UI sustav smatra se visokorizičnim ako su ispunjena oba sljedeća uvjeta, bez obzira na to stavlja li se UI sustav na tržište ili u uporabu neovisno o proizvodima iz točaka (a) i (b):

(a) UI sustav namijenjen je za uporabu kao sigurnosni sastavni dio proizvoda ili je sam po sebi proizvod koji je obuhvaćen zakonodavstvom Unije o usklađivanju iz Priloga II.;

(b) za proizvod kojeg je UI sustav sigurnosni sastavni dio ili UI sustav koji je sam po sebi proizvod zahtijeva se ocjenjivanje sukladnosti koje provodi treća strana radi stavljanja na tržište ili stavljanja u uporabu tog proizvoda na temelju zakonodavstva Unije o usklađivanju iz Priloga II.

2. Među visokorizične sustave, uz one iz stavka 1., ubrajaju se i UI sustavi iz Priloga III.

(d) usklađena pravila o transparentnosti za UI sustave namijenjene za interakciju s pojedincima, sustave za prepoznavanje emocija i sustave za biometrijsku kategorizaciju te UI sustave za generiranje slikovnog sadržaja, audio sadržaja i video sadržaja te manipuliranje njime;

(e) pravila o praćenju i nadzoru tržišta.

Vidljivo je da se regulacija zapravo odnosi na kvalitetu UI-ja kao proizvoda koji se koristi, odnosno osiguranje da UI kao takav bude sukladan etičkim standardima koji proizlaze iz pravne stečevine EU-a.³⁹ Dakle, očito je da nema niti civilnopravne materijalnopravne regulacije UI-ja niti procesnopravne regulacije iste u odnosu na postupke pred sudovima ili upravnim tijelima, već se zapravo radi o specifičnoj vrsti zaštite korisnika UI-ja kao „potrošača“ i potrošača UI-ja, pri čemu i sud i arbitraža nastupaju kao korisnici ili potrošači *sui generis* tih UI-ja.

Naime, postojeće zakonodavstvo o sigurnosti proizvoda, koje se odnosi i na digitalne proizvode i na umjetnu inteligenciju, sadržava niz nedostataka koje je potrebno ukloniti, posebno u Direktivi o općoj sigurnosti proizvoda...⁴⁰ i novom zakonodavnom okviru.⁴¹ Naime, prema čl. 2. navedene Direktive, proizvod obuhvaća sve pokretne stvari od sirovina do kompleksnih industrijskih proizvoda, što može uključivati i digitalne proizvode. Dakle, softver koji je dio gotovog proizvoda mora biti u skladu s pravilima sigurnosti i smatrat će se proizvodom za potrebe ove Direktive. Međutim, što je sa samostalnim softverom? Ako postoji pogreška na hardveru, programer će odgovarati, ali ako se softver prodaje odvojeno, može izbjeći odgovornost za neispravan proizvod. Kada je riječ o inteligentnim sustavima,

³⁹ Mauritz Kop, „EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI“, *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, Transatlantic Antitrust and IPR Developments*, Stanford University, Issue No. 2/2021, <https://law.stanford.edu/publications/eu-artificial-intelligence-act-the-european-approach-to-ai/> 16. 6. 2022., navodi: The EU AI Act introduces a sophisticated 'product safety regime' constructed around a set of 4 risk categories. It imposes requirements for market entrance and certification of High-Risk AI Systems through a mandatory CE-marking procedure. This pre-market conformity regime also applies to machine learning training, testing and validation datasets. The AI Act draft combines a risk-based approach based on the pyramid of criticality, with a modern, layered enforcement mechanism. This means that as risk increases, stricter rules apply. Applications with an unacceptable risk are banned. Fines for violation of the rules can be up to 6% of global turnover for companies.

⁴⁰ Direktiva 2001/95/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 3. 12. 2001. o općoj sigurnosti proizvoda, *Službeni list EU L* 11, 15. 1. 2002.

⁴¹ Izvješće Komisije Europskom parlamentu, vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru – Izvješće o utjecaju umjetne inteligencije, interneta stvari i robotike na sigurnost i odgovornost, Bruxelles, 19. 2. 2020., COM(2020) 64 final., http://publications.europa.eu/resource/cellar/4ce205b8-53d2-11ea-aece-01aa75ed71a1.0004.03/DOC_4, 15. 6. 2022., Točka 4. Zaključak st. 2.: Postojeće zakonodavstvo o sigurnosti proizvoda sadržava niz nedostataka koje je potrebno ukloniti, posebno u Direktivi o općoj sigurnosti proizvoda, Direktivi o strojevima, Direktivi o radijskoj opremi i novom zakonodavnom okviru. Budući rad na prilagodbi različitih zakonodavnih akata u tom okviru obavljat će se na dosljedan i usklađen način.

softver može promijeniti proizvod i utjecati na njegovu ispravnost i sigurnost.⁴² Iz navedenog jasno proizlazi intencija i potreba za regulacijom UI-a predmetnom Uredbom s obzirom na to da bi fragmentarnost nacionalnog zakonodavstva mogla stvoriti prepreke u razvoju i ulaganju⁴³ u ovaj sektor.

Primjena Uredbe

Ratione personae ova Uredba primjenjuje se na:

- (a) dobavljače koji stavljaju na tržište ili u uporabu UI sustave u Uniji, bez obzira na to imaju li ti dobavljači poslovni nastan u Uniji ili u trećoj zemlji;
- (b) korisnike UI sustava koji se nalaze u Uniji;
- (c) dobavljače i korisnike UI sustava koji se nalaze u trećoj zemlji ako se izlazni rezultati sustava upotrebljavaju u Uniji.

Ratione materiae Uredba se primjenjuje na visokorizične UI sigurnosne sustave koji su sastavni dio proizvoda ili sustava ili koji su sami proizvodi ili sustavi.

Isto tako, ovaj akt po prvi put pozitivnopravno definira umjetnu inteligenciju kao objekt regulacije u članku 3. tako što navodi da „sustav umjetne inteligencije“ ili „UI sustav“ znači softver koji je razvijen pomoću barem jedne tehnike ili pristupa iz Priloga I.⁴⁴ i koji može, za zadani skup ciljeva koje odredi čovjek, generirati izlazne rezultate, kao što su sadržaj, predviđanja, preporuke ili odluke, koji utječu na okruženja s kojima su u interakciji. Određenje visokorizičnog sustava određeno je također u Uredbi u Prilogu III.⁴⁵

Komparacija definicije UI-ja iz Uredbe s doktrinarnom definicijom

Kada se uspoređi ova definicija sa uvodno navedenim doktrinarnim, vidljivo je postojanje visoke razine korelacije, odnosno istovjetnosti. Međutim, pozitivnopravna

⁴² Ana Poščić, op. cit., 394-395.

⁴³ Ana Poščić, op. Cit., 399.

⁴⁴ PRILOG I.

TEHNIKE I PRISTUPI UMJETNE INTELIGENCIJE

iz članka 3. točke 1.

(a) Pristupi strojnog učenja, što obuhvaća nadzirano, nenadzirano i podržano učenje, s pomoću raznih metoda, uključujući duboko učenje;

(b) pristupi temeljeni na logici i pristupi temeljeni na znanju, uključujući reprezentacije znanja, induktivno (logičko) programiranje, baze znanja, module za inferenciju i dedukciju, (simboličko) zaključivanje i stručne sustave;

(c) statistički pristupi, Bayesovska procjena, metode pretraživanja i optimizacije.

⁴⁵ V. napomenu br. 55.

definicija dijelom je generička jer se odnosi na softver koji je razvijen pomoću barem jedne tehnike ili pristupa, tj.:

(a) pristupa strojnog učenja, što obuhvaća nadzirano, nenadzirano i podržano učenje, pomoću raznih metoda, uključujući duboko učenje;

(b) pristupa temeljenih na logici i pristupa temeljenih na znanju, uključujući reprezentacije znanja, induktivno (logičko) programiranje, baze znanja, module za inferenciju i dedukciju, (simboličko) zaključivanje i stručne sustave;

(c) statističkih pristupa, Bayesovske procjene,⁴⁶ metode pretraživanja i optimizacije.

Odmah se može primijetiti da točke (a) i (b) zahtijevaju u pravilu više kognitivne funkcije, dok točka (c) zapravo zadovoljava niže kriterije kognitivnosti jer pretraživanje te (jednostavna, neinterpretativna već samo prikazujuća) statistička obrada ne ulazi u visoku razinu kognitivne aktivnosti, ni ljudske ni računalne. Budući da je za ovu definiciju bitno da se zadovolji jedan od kriterija, jasno je da generički softveri niže kategorije mogu zadovoljiti kategorizaciju umjetne inteligencije, a koju doktrinarna definicija pokušava dići na višu razinu – jer traži izvođenje pravno relevantne radnje, odnosno zaključivanje, učenje i napredovanje,⁴⁷ a koji predstavljaju višu kognitivnu razinu od one pod (c). Nadalje, u funkcionalnom dijelu definicije UI-ja pozitivnopravna definicija odnosi se na generiranje izlaznih rezultata, s time da su, primjera radi, kazuistički navedeni: sadržaj, predviđanja, preporuke ili odluke. Pri tome je jasno da izlazni rezultat može biti rezultat najjednostavnije obrade (generiranje sadržaja) ili najsloženije obrade (odluke, tj. presude). I ovdje je iskorištena alternativna mogućnost definiranja, pa je za kriterij definiranja UI-ja dovoljna i najniža definicija generiranja sadržaja, čime se na jednak način kao i ranije odstupa od uvjetovanog sadržaja UI-ja iz doktrinarnih definicija.

Ukratko, za zaključiti je da je pozitivnopravna definicija postavila niže kriterije za svrstavanje računalnih programa na razinu UI-ja, te da treba voditi računa u kojem se pojmu upotrebljava navedenim terminom s time da za zakonodavnu razinu, npr. regulaciju UI-ja u parničnom i/ili arbitražnom postupku to jest pozitivnopravna definicija.

⁴⁶ Engleski statističar i filozof Thomas Bayes (1702. – 1762.) dokazao je čuveni teorem teorije vjerojatnosti koji po njemu nazivamo *Bayesov teorem* ili češće *Bayesova formula*... Bayesovu formulu možemo interpretirati kao vjerojatnost hipoteze ako znamo da se dogodio određeni događaj. Ova formula ima široku primjenu... – Dragana Jankov Maširević i dr., „Primjena Bayesove formule i algoritamskog pristupa Bayesovoj formuli na situacijama iz svakodnevnog života“, *math.e, Hrvatski matematički elektronički časopis*, <http://e.math.hr/category/klju-ne-rije-i/bayesova-formula>, 1. 4. 2022.

⁴⁷ Marshal S. Willick, „Artificial Intelligence – Some Legal Approaches and Implications“, *AI Magazine*, Volume 4, Number 2, 1983, 6.

Usporedni propisi Sjedinjenih Američkih Država

Iako EU želi biti predvodnikom u ovom području na svjetskoj razini, paralelni propisi SAD-a koji se odnose na navedenu tematiku doneseni su još 2019. godine. To su:

1. „Algorithmic Accountability Act of 2019“⁴⁸(dalje skraćeno AAA).

2. Commercial Facial Recognition Privacy Act of 2019⁴⁹ i državni propisi koji se odnose na biometrijske informacije, npr. (740 ILCS 14/) Biometric Information Privacy Act države Illinois.⁵⁰

Ovi propisi ne daju definicije kao europski prijedlog, posebno ne umjetne inteligencije. Međutim, AAA definira sljedeće srodne pojmove, a ne umjetnu inteligenciju, a što je već i za očekivati iz samog naziva propisa:

(1) SUSTAV AUTOMATIZIRANOG ODLUČIVANJA – termin „sustav automatiziranog odlučivanja“ označava računalni proces, uključujući onaj koji proizlazi iz strojnog učenja, statistike ili drugih tehnika obrade podataka ili umjetne inteligencije, a koji donosi odluku ili olakšava ljudima donošenje odluka koje utječu na potrošače.

(2) OCJENA UČINKA SUSTAVA AUTOMATIZIRANOG ODLUČIVANJA – termin „ocjena učinka sustava automatiziranog odlučivanja“ označava istraživanje kojim se ocjenjuje sustav automatiziranog odlučivanja i proces razvoja sustava automatiziranog odlučivanja, uključujući podatke o dizajnu i obuci sustava automatiziranog odlučivanja, u odnosu na točnost, pravednost, pristranost, diskriminaciju, privatnost i sigurnost, a koja minimalno uključuje:

(A) detaljan opis sustava automatiziranog odlučivanja, njegov dizajn, obuku, podatke i svrhu;

(B) ocjenu relativne koristi i troškova sustava automatiziranog odlučivanja, imajući u vidu njegovu svrhu te uzimajući u obzir relevantne čimbenike, uključujući:

(i) prakse minimiziranja podataka;

(ii) trajanje pohrane osobnih podataka i rezultata sustava automatiziranog odlučivanja;

(iii) koje su informacije o sustavu automatiziranog odlučivanja dostupne potrošačima;

⁴⁸ H.R.2231 – Algorithmic Accountability Act of 2019; Text: H.R.2231 – 116th Congress 2019-2020, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/text>, 5. 4. 2022.

⁴⁹ S.847 – Commercial Facial Recognition Privacy Act of 2019; Text: S.847 – 116th Congress 2019-2020, 5. 4. 2022.

⁵⁰ CIVIL LIABILITIES (740 ILCS 14/) Biometric Information Privacy Act; <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=3004&ChapterID=57>, 10. 4. 2022.

(iv) u kojoj mjeri potrošači imaju pristup rezultatima sustava automatiziranog odlučivanja i mogu li ispraviti ili prigovoriti njegovim rezultatima; i

(v) primatelje rezultata sustava automatiziranog odlučivanja;

(C) procjenu rizika koje predstavlja sustav automatiziranog odlučivanja za privatnost ili sigurnost osobnih podataka potrošača i rizika da sustav automatiziranog odlučivanja može rezultirati ili pridonijeti netočnim, nepoštenim, pristranim ili diskriminirajućim odlukama koje utječu na potrošače; i

(D) mjere koje će predmetni subjekt primijeniti da bi smanjio rizike opisane u alineji (C), uključujući tehnološke i fizičke mjere zaštite.⁵¹

Usporedba

Već i iz kratke usporedbe vidljivo je da sadržajno zapravo nema bitne razlike u sadržaju pojma umjetne inteligencije iz prijedloga europske uredbe i američkog zakona koji sadrži pojam *automated decision system* – *sustav automatiziranog odlučivanja*, pa je stoga objekt regulacije oba propisa isti.

⁵¹ SEC. 2. DEFINITIONS, AAA, In this Act:

(1) AUTOMATED DECISION SYSTEM.—The term „automated decision system“ means a computational process, including one derived from machine learning, statistics, or other data processing or artificial intelligence techniques, that makes a decision or facilitates human decision making, that impacts consumers.

(2) AUTOMATED DECISION SYSTEM IMPACT ASSESSMENT.—The term „automated decision system impact assessment“ means a study evaluating an automated decision system and the automated decision system’s development process, including the design and training data of the automated decision system, for impacts on accuracy, fairness, bias, discrimination, privacy, and security that includes, at a minimum—

(A) a detailed description of the automated decision system, its design, its training, data, and its purpose;

(B) an assessment of the relative benefits and costs of the automated decision system in light of its purpose, taking into account relevant factors, including—

(i) data minimization practices;

(ii) the duration for which personal information and the results of the automated decision system are stored;

(iii) what information about the automated decision system is available to consumers;

(iv) the extent to which consumers have access to the results of the automated decision system and may correct or object to its results; and

(v) the recipients of the results of the automated decision system;

(C) an assessment of the risks posed by the automated decision system to the privacy or security of personal information of consumers and the risks that the automated decision system may result in or contribute to inaccurate, unfair, biased, or discriminatory decisions impacting consumers; and

(D) the measures the covered entity will employ to minimize the risks described in subparagraph (C), including technological and physical safeguards. (Prijevod s engleskog: autor).

Međutim, kada se kompariraju ove dvije definicije, vidljivo je da je definicija sustava automatiziranog odlučivanja iz propisa SAD-a uža od definicije koju koristi prijedlog Uredbe. Naime, ona je puno bliža definiciji UI-ja koju daje doktrina, nastojeći je ostvariti na jednoj višoj kognitivnoj razini. Termin ili standard „ili ljudima olakšava donošenje odluke“ može biti protumačen sadržajno jednako kao i „UI sustavi namijenjeni za pomoć pravosudnom tijelu u istraživanju i tumačenju činjenica i prava“. Naime, iz definicije iz Uredbe vidljiva je različita intencija teksta definicije u odnosu na definiciju iz AAA, čija je nedvojbena usmjerenost na viši rang kognitivnosti jer se izbjegava prihvatiti unutar definicije „generiranje gotovo bilo kojih izlaznih rezultata“ kao kvalifikacije UI-ja, a kako je enumerativno, kvalifikatorno, ali i samo kazuistički (primjera radi) naveden – (bilo koji) „sadržaj“ u definiciji iz Uredbe. Isto tako, kada AAA navodi da se sustav automatiziranog odlučivanja odnosi na računalni proces iz strojnog učenja, statistike ili drugih tehnika obrade podataka ili umjetne inteligencije, tada je jasno da pojam umjetne inteligencije nije obuhvaćen ovom definicijom, a koja je u odnosu na UI zasigurno viši rodni pojam.

Naravno, kada se za isti sadržaj koriste dva načina definiranja i dva termina, upitno je koji je termin bolji ili koji bolje oslikava njegov sadržaj u svojem imenu. Termin umjetna inteligencija u svojoj je doktrinarnoj definiciji uža od pojma umjetne inteligencije iz prijedloga Uredbe. Naime, Amerikanci su izbjegli korištenje termina UI upravo zato što on može biti preširok u odnosu na standardizirano doktrinarno shvaćanje, a budući da se ovim propisima pokušava ograničiti promet i propisati sadržaj određenih oblika umjetne inteligencije koji se koriste za donošenje određenih odluka, vjerojatno je bolje koristiti termin automatizirani sustav odlučivanja. Naime, umjetna inteligencija puno je širi pojam od toga i primjenjiv je u svim drugim oblastima.

PRIMJENA UREDBE NA ELEKTRONIČKU ARBITRAŽU I PRAVOSUDNI PROCES

Upitno je na koji bi se način ovi propisi primijenili na elektroničke tehnološke arbitraže,⁵² ali i na pravosudni proces, odnosno postupovne propise uopće.

Najprije se postavlja pitanje odnosi li se Uredba na sustave UI-ja koji se koriste za arbitražu ili pravosuđe. Kada je riječ o samostalnim UI sustavima, odnosno visokorizičnim UI sustavima koji nisu sigurnosni sastavni dijelovi proizvoda ili koji su sami proizvodi, primjereno ih je klasificirati kao visokorizične ako, s obzirom na njihovu namjenu, kod njih postoji velik rizik od štete za zdravlje i sigurnost

⁵² V. podjelu elektroničkih arbitraža u Tin Matić i Stjepan Matić, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, br. XXVIII, Mostar, 2020, 52–85.

ili temeljna prava osoba,⁵³ uzimajući u obzir i ozbiljnost moguće štete i njezinu vjerojatnost pojavljivanja, te ako se upotrebljavaju u nekoliko posebnih unaprijed definiranih područja navedenih u Uredbi. Identifikacija tih sustava temelji se na istoj metodologiji i kriterijima predviđenima i za sve buduće izmjene popisa visokorizičnih UI sustava.⁵⁴ Već na prvi pogled jasno je da korištenje UI-ja u pravosuđu, pa time posljedično i arbitraži, nužno može utjecati na temeljna prava osoba.

Stoga nije čudno da se u točki 40. recitala navodi da bi određene UI sustave namijenjene pravosuđu i demokratskim procesima trebalo klasificirati kao visokorizične s obzirom na njihov potencijalno velik utjecaj na demokraciju, vladavinu prava, osobne slobode te pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje. Točnije, radi smanjenja rizika od mogućih pristranosti, pogrešaka i netransparentnosti, primjereno je klasificirati kao visokorizične one UI sustave koji su namijenjeni za pomoć pravosudnim tijelima u istraživanju i tumačenju činjenica i prava te primjeni prava na konkretan skup činjenica. Međutim, takva se kvalifikacija ne bi trebala odnositi na UI sustave namijenjene isključivo pomoćnim administrativnim aktivnostima koje ne utječu na stvarno sudovanje u pojedinačnim slučajevima, kao što su anonimizacija ili pseudonimizacija sudskih odluka, dokumenata ili podataka, komunikacija među osobljem, administrativne zadaće ili raspodjela resursa. Međutim, iz ovog stava europskog zakonodavca proizlazi da se ova Uredba zapravo treba primijeniti na svaki sustav UI-ja koji koristi pravosuđe ili arbitraža ukoliko isti omogućuje pretragu bilo činjeničnog materijala bilo pravnih pravila ili kumulirano, a zasigurno na onaj koji primjenjuje pravni aspekt na činjenični, a što je zapravo svaki sustav kao takav koji se koristi radi ubrzanja te unapređenja rada arbitra ili suca. Ovakav stav proizlazi iz izravnog definiranja visokorizičnih sustava iz Uredbe kao sustava u Prilogu III. Uredbe.⁵⁵

⁵³ U pravilu se misli na Povelju Europske unije o temeljnim pravima (2016/C 202/02), 7. 6. 2016., hrvatski tekst – *Službeni list Europske unije C 202/389* od 7. 6. 2016.

⁵⁴ Recital Uredbe toč. 32.

⁵⁵ *PRILOG III.*

VISOKORIZIČNI UI SUSTAVI IZ ČLANKA 6. STAVKA 2.

Visokorizični UI sustavi u skladu s člankom 6. stavkom 2. obuhvaćaju UI sustave u bilo kojem od sljedećih područja:

1. biometrijska identifikacija i kategorizacija pojedinaca:

(a) UI sustavi namijenjeni za daljinsku biometrijsku identifikaciju pojedinaca u stvarnom vremenu i za naknadnu daljinsku biometrijsku identifikaciju pojedinaca;

2. upravljanje kritičnom infrastrukturom i njezin rad:

(a) UI sustavi namijenjeni za uporabu kao sigurnosni sastavni dijelovi za upravljanje cestovnim prometom i opskrbom vodom, plinom, grijanjem i električnom energijom te za rad te infrastrukture;

3. obrazovanje i strukovno osposobljavanje:

(a) UI sustavi namijenjeni za određivanje mogućnosti pristupa pojedinaca ustanovama za obrazovanje i strukovno osposobljavanje ili za raspoređivanje pojedinaca u te ustanove;

Dakle, radi se o sljedećim radnjama unutar pravosudnog procesa:

- pomoć pravosudnom tijelu u istraživanju činjenica
- pomoć pravosudnom tijelu u tumačenju činjenica
- pomoć pravosudnom tijelu u istraživanju prava

(b) UI sustavi namijenjeni za ocjenjivanje učenika i studenata u ustanovama za obrazovanje i strukovno osposobljavanje te za ocjenjivanje sudionika na testovima koji su obično potrebni za upis u ustanove za obrazovanje;

4. zapošljavanje, upravljanje radnicima i pristup samozapošljavanju:

(a) UI sustavi namijenjeni za zapošljavanje ili odabir pojedinaca, posebno za oglašavanje slobodnih radnih mjesta, pregled ili filtriranje prijava te ocjenjivanje kandidata na razgovorima ili testovima za posao;

(b) umjetna inteligencija namijenjena za donošenje odluka o promicanju zaposlenika i prestanku radnih ugovornih odnosa, za dodjelu zadataka te za praćenje i evaluaciju uspješnosti i ponašanja osoba u takvim odnosima;

5. pristup i korištenje osnovnih privatnih usluga te javnih usluga i socijalnih naknada:

(a) UI sustavi namijenjeni tijelima javne vlasti, ili drugima u njihovo ime, za ocjenjivanje prihvatljivosti pojedinaca za naknade i usluge javne pomoći te za odobravanje, smanjenje, ukidanje ili povrat takvih naknada i usluga;

(b) UI sustavi namijenjeni za ocjenjivanje kreditne sposobnosti pojedinaca ili utvrđivanje njihove kreditne ocjene, osim UI sustava koje mali dobavljači stavljaju u uporabu za vlastite potrebe;

(c) UI sustavi namijenjeni za dispečiranje ili određivanje prioriteta pri dispečiranju hitnih službi, uključujući vatrogasce i medicinsku pomoć;

6. kazneni progon:

(a) UI sustavi namijenjeni tijelima kaznenog progona za individualne procjene rizičnosti pojedinaca za počinjenje ili ponovno počinjenje kaznenog djela ili kako bi se procijenio rizik za potencijalne žrtve kaznenih djela;

(b) UI sustavi namijenjeni tijelima kaznenog progona kao poligrafi i slični instrumenti ili za otkrivanje emocionalnog stanja pojedinca;

(c) UI sustavi namijenjeni tijelima kaznenog progona za otkrivanje „deep fake“ sadržaja iz članka 52. stavka 3.;

(d) UI sustavi namijenjeni tijelima kaznenog progona za ocjenjivanje pouzdanosti dokaza tijekom istrage ili progona kaznenih djela;

(e) UI sustavi namijenjeni tijelima kaznenog progona za predviđanje počinjenja ili ponovnog počinjenja stvarnog ili mogućeg kaznenog djela na temelju izrade profila pojedinaca kako je navedeno u članku 3. točki 4. Direktive (EU) 2016/680 ili procjene osobina i karakteristika ili prethodnog kriminalnog ponašanja pojedinaca ili skupina;

(f) UI sustavi namijenjeni tijelima kaznenog progona za izradu profila pojedinaca kako je navedeno u članku 3. točki 4. Direktive (EU) 2016/680 tijekom otkrivanja, istrage ili progona kaznenih djela;

(g) UI sustavi namijenjeni za analitiku kaznenih djela koja se odnosi na pojedince i koja omogućuje pretraživanje složenih povezanih i nepovezanih velikih skupova podataka iz različitih izvora ili u različitim formatima s ciljem uočavanja nepoznatih uzoraka u podacima ili skrivenih veza među podacima;

7. upravljanje migracijama, azilom i nadzorom državne granice:

(a) UI sustavi namijenjeni nadležnim tijelima javne vlasti kao poligrafi i slični instrumenti ili za otkrivanje emocionalnog stanja pojedinca;

- pomoć pravosudnom tijelu u tumačenju prava
- pomoć pravosudnom tijelu u primjeni prava na konkretan skup činjenica.

Očigledno je da složenost sustava raste dodavanjem naredne djelatnosti i da se polazi od najjednostavnije i ide do najsloženije. No, iz izričaja nije jasno je li potrebno da UI sustav ispuni sve uvjete da bi se na njega primijenila Uredba ili ne. Iz dikcije se ne bi moglo zaključiti da se ne radi o kumulativnim uvjetima, već bi za primjenu Uredbe bila valjana i samo jedna djelatnost jer je ista kao takva dovoljna da ima utjecaj na pravosudni proces.

Očito je da se točke 8. i 6. odnose na sudske postupke, točke 7, 5. 4. i 1⁵⁶ na neki oblik upravnog ili neupravnog postupka, pa posljedično i na postupak (sudskog) upravnog spora, te će stoga Uredba ostvariti utjecaj i na postupovno pravo u potrebi regulacije procesnopravne valjanosti korištenja UI-ja kao sudionika *sui generis* u sva tri osnovna postupka (kazneni, parnični, upravni). Točka 5b odnosi se materijalno pravo građanskog karaktera i zaštite potrošača te na eventualni učinak nastanka ugovora ili ne (slično pitanje kao i kod arbitražne klauzule ili arbitražnog ugovora). Isto tako, točka 4b odnosi se na materijalno radno pravo. Očito je da će u određenom dijelu ova Uredba tražiti i (izmjene i) dopune materijalnih propisa glede učinka djelovanja UI-a u ovim područjima. Ovdje razmatramo samo učinak u odnosu na procesnopravne propise arbitražnog i građanskog procesnog prava.

Međutim, nužno je primijetiti da se točka 8. može tumačiti i na način da se pod frazu „za pomoć pravosudnom tijelu u istraživanju... činjenica...” može supsumirati i današnje održavanje rasprava elektroničkim putem kao i sama elektronička komunikacija,⁵⁷ a posebno ako se „i“ između istraživanja i tumačenja tumači alternativno, a ne kumulativno. Stoga bi se ova Uredba ovakvim tumačenjem mogla odnositi i na UI koji se već sada koristi u pravosudnom procesu, a s obzirom

(b) UI sustavi namijenjeni nadležnim tijelima javne vlasti za procjenu rizika, uključujući rizik za sigurnost, rizik od nezakonitog useljavanja ili rizik za zdravlje, koji predstavlja pojedinac koji namjerava ući ili je ušao na državno područje države članice;

(c) UI sustavi namijenjeni nadležnim tijelima javne vlasti za provjeru vjerodostojnosti putnih isprava i popratne dokumentacije pojedinaca te za otkrivanje nevjerođostojnih isprava provjerom njihovih sigurnosnih obilježja;

(d) UI sustavi namijenjeni za pomoć nadležnim tijelima javne vlasti pri razmatranju zahtjeva za azil, vize i boravišne dozvole te povezanih pritužbi u pogledu prihvatljivosti pojedinaca koji podnose zahtjev za status;

8. pravosuđe i demokratski procesi:

(a) UI sustavi namijenjeni za pomoć pravosudnom tijelu u istraživanju i tumačenju činjenica i prava te u primjeni prava na konkretan skup činjenica..

⁵⁶ Priloga III., prethodno citiran.

⁵⁷ Prikaz postojeće regulative, A. Maganić, op. Cit., no bez uspostavljanja ovog odnosa sa UI-jem.

na sadržaj Novele ZPP-a iz 2022. kako je naprijed opisana. Naime, nesumnjivo Novele djelomično ulazi u područje UI sustava namijenjenih za pomoć pravosudnom tijelu u istraživanju i tumačenju činjenica, dakle djelomično ulazi u područje regulacije Uredbe, no nigdje u Uredbi nije navedeno da UI mora ispuniti sve kategorije UI sustava – dakle, da mora djelovati i na tumačenje prava (pored činjenica) te u primjeni prava na konkretan skup činjenica. Ukoliko je tome tako, a sve ukazuje da jest, i ovakav novi sustav mogao bi podlijegati regulaciji Uredbe.

Polazeći od navedenoga, jasno je da se ova kvalifikacija odnosi i na programe koji bi provodili pravosudni i arbitražni postupak. Kada se analiziraju naprijed navedeni modeli arbitražnog/pravosudnog postupanja, moglo bi se zaključiti sljedeće:

I. Digitalna tehnološka arbitraža ili pravosudni postupak – tzv. elektronička arbitraža ili elektronički pravosudni postupak – na njega se Uredba neće odnositi jer se zapravo ne radi o primjeni UI-ja, osim ako se ne primijeni naprijed prikazano (ekstenzivno) tumačenje točke 8. Priloga III. Uredbe.

II. Digitalna tehnološka arbitraža ili pravosudni postupak s korištenjem UI-ja, no arbitraža je još locirana unutar tradicionalnog pristupa arbitraži – na njega se Uredba treba odnositi ukoliko se radi o programima koji su namijenjeni za pomoć pravosudnim i arbitražnim tijelima u istraživanju i tumačenju činjenica i prava te primjeni prava na konkretan skup činjenica.

III. Digitalna tehnološka arbitraža ili digitalno pravosuđenje – UI arbitraža ili suđenje u kojoj UI ima ovlaštenje i prerogative arbitra ili suca – na njega se nedvojbeno ima primijeniti Uredba, i to dosljedno.

PRAVNE POSLJEDICE PRIMJENE UI-ja U ARBITRAŽI I U POSTUPOVNOM SEGMENTU PRAVOSUDNOG SUSTAVA NESUKLADNO UREDBI

Uredba u poglavlju 3. propisuje postupak certificiranja visokorizičnih sustava UI-ja, no ne propisuje sankcije za nepoštivanje certificiranja, pri čemu se ne misli na kaznene odredbe kojih uistinu ne manjka, nego na građanskopravne ili procesnopravne sankcije za korištenje necertificiranih sustava UI-ja.

Naravno da se dosljedno tome postavlja pitanje što će se dogoditi s arbitražnom odlukom ukoliko korišten program, odnosno umjetna inteligencija nije certificirana sukladno Uredbi. Radi li se o povredi koja nema nikakav učinak na arbitražnu odluku ili ima apsolutno bitan učinak? Ovakva povreda naravno nije predviđena Zakonom o arbitraži RH niti ZPP-om, a takvu izravnu regulaciju teško da bi se našlo u drugim izvorima arbitražnog prava.

Najprije bi se moralo konstatirati da Uredba predstavlja propis kogentnog karaktera, ne dispozitivnog. Dakle, i ugovor o arbitraži morao bi biti sklopljen u skladu s ovom Uredbom.

Točka 62. recitala Uredbe navodi da bi s ciljem osiguravanja visoke razine pouzdanosti visokorizičnih UI sustava ti sustavi trebali podlijegati ocjenjivanju sukladnosti prije njihova stavljanja na tržište ili u uporabu. Visokorizični UI sustavi trebali bi nositi oznaku CE, koja upućuje na njihovu sukladnost s ovom Uredbom, da bi se mogli slobodno kretati na unutarnjem tržištu. Države članice ne bi trebale stvarati neopravdane zapreke stavljanju na tržište ili u uporabu visokorizičnih UI sustava koji ispunjavaju zahtjeve utvrđene ovom Uredbom i nose oznaku CE.⁵⁸

Polazeći od navedene teze kada se razmotri postupanje suprotno obvezi iz Uredbe u pogledu potencijalno korištenog UI-ja u arbitraži koja podliježe regulaciji Uredbe kroz certificiranje mogla bi se podvesti pod odredbu hrvatskog ZA-a⁵⁹ iz čl. 36. st. 2. toč. e) da sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu s ovim Zakonom ili dopuštenim sporazumom stranaka, a to je moglo utjecati na sadržaj pravorijeka. Naime, korištenje necertificiranog UI-ja kada on mora biti certificiran sukladno Uredbi ne može predstavljati dopušteni sporazum stranaka jer je nesumnjivo da UI kao takav može utjecati na sadržaj pravorijeka.

Međutim, Uredba ne sadrži takvu odredbu, već samo predviđa novčane sankcije za nepoštivanje Uredbe. Stoga se može s punim pravom upitati predstavlja li prethodno izrečen stav zapravo ekstenzivno teološko tumačenje učinka Uredbe budući da Uredba ne utvrđuje ništetnosti ili nevaljanost pravnih radnji poduzetih suprotno odredbama Uredbe. Naime, Uredba ovo pitanje nije riješila i vjerojatno bi to pitanje moralo biti riješeno unutar proceduralnih propisa parničnog, kaznenog i arbitražnog prava kao propisa *sedes materiae*. Do tada, upitno je je li prikazano zaključivanje dopustivo i ono može naći zagovornike i protivnike. Vjerojatno će najprije trebati utvrditi pravilo za parnični postupak te nakon toga analogno to pravilo primijeniti u arbitraži. Do tada, a nakon stupanja Uredbe na snagu, te u slučaju primjene necertificiranog UI-ja, nastaje područje pravne praznine, pa time i pravne nesigurnosti. Naime, u popisu apsolutno bitnih povreda postupka iz čl 354.⁶⁰ ZPP-a RH nema niti jedne pod koju bi se mogla podvesti ovakva povreda,

⁵⁸ Točka 67. recitala Uredbe.

⁵⁹ Zakon o arbitraži RH, *Narodne novine RH* 88/2001.

⁶⁰ *Službeni list SFRJ* 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i *Narodne novine RH* 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

a što zasigurno ne govori u prilog navedenom potencijalnom tumačenju odredbe čl. 36. st. 2. toč. e) Zakona o arbitraži. Ukratko, imamo dakle pravnu prazninu unutar Uredbe, ali nakon njezinog usvajanja vjerojatno i unutar postupovnih propisa.

Članak 71. st. 1. Uredbe navodi da u skladu s uvjetima utvrđenima u ovoj Uredbi, države članice utvrđuju pravila o sankcijama, uključujući upravne novčane kazne, koja se primjenjuju na povrede ove Uredbe, i poduzimaju sve potrebne mjere kako bi osigurale njihovu pravilnu i djelotvornu provedbu. Predviđene sankcije moraju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće.

Za očekivati bi bilo da se termin „sankcije“ koji koristi ovaj članak odnosi na procesnopravne i materijalnopravne, osim što se odnosi na kazne koje se predviđaju za one koji stavljaju u promet ili koriste UI ne poštujući obveze iz ove Uredbe. Naime, termin sankcije nije definiran u čl. 3. Uredbe, u kojem su situirane definicije potrebne za primjenu Uredbe, pa je stoga nužna interpretacija. U tom slučaju sankcije u širem smislu odredile bi članice EU-a svaka za sebe, a što definitivno u pogledu procesnopravnih i materijalnopravnih sankcija nije dobro, jer u jednoj bi judikat ili pravni posao mogao biti valjan, a drugoj ništetan. Smatram da se radi o propustu u regulaciji EU-a jer ova bi sankcija morala biti unificirana za sve države članice jednako kao i obveza koja proizlazi za sve članice iz ove Uredbe.

Američki Algorithmic Accountability Act iz 2019. sadrži odredbu u Section 3.:

(1) NEPOŠTENE ILI OBMANJUJUĆE RADNJE ILI PRAKSE – Povreda stavka (a) tretirat će se kao povreda pravila koje definira nepoštenu ili obmanjujuću radnju ili praksu sukladno članku 18(a)(1)(B) Federalnog zakona o trgovini (15 USC 57a(a)(1)(B)),⁶¹ čime upućuje na neke materijalnopravne građanskopravne (ili čak potrošačkopravne) posljedice korištenja necertificiranog softvera (predstavljaju nepoštene i obmanjujuće prakse te ih kao takve tretira). No, niti on jasno ne razjašnjava građanskopravne i civilnopravne ili procesnopravne posljedice korištenja necertificiranog UI-ja jer je i on zapravo, kao i Uredba, jednako usmjeren na kvalitetu i etičnost UI-ja koji se stavlja u promet, koja podliježe certificiranju, a ne pravnim posljedicama korištenja UI-ja, kao i njegovim pravnim učincima i s materijalnopravnog građanskopravnog i s procesnopravnog aspekta.

Međutim, iz navedenog je vidljivo da se zapravo radi o zaštiti krajnjih korisnika tog softvera te da se u konkretnom slučaju radi o zaštiti jedne skupine uvjetno nazvanih potrošača softvera i da bi zapravo iz perspektive lociranja ove uredbe unutar pravnog sustava ona stajala negdje uz pravo zaštite potrošača, s time da su

⁶¹ Section 3 (d) (1) AAA – Unfair or deceptive acts or practices...1) UNFAIR OR DECEPTIVE ACTS OR PRACTICES.–A violation of subsection (a) shall be treated as a violation of a rule defining an unfair or deceptive act or practice under section 18(a)(1)(B) of the Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. 57a(a)(1)(B) (Prijevod s engleskog; autor).

ovdje potrošači definitivno drukčije definirani u odredbama koje se odnose u definiranju regulacije *sedes personae*.

Jednako tako, kod AAA također nije do kraja razjašnjena primjena softvera kao UI-ja koji se koristi u pravosudnim ili arbitražnim procesima, no zasigurno se može zaključiti da ukoliko upotrebljavani softver zadovoljava kriterije za obuhvat AAA, isti se kriterij treba primijeniti i na njega. Za sada nije jasan stav američke pravne teorije u pogledu postojećih pomoćnih programa koji uglavnom služe za pretraživanje građe te baza pravnih propisa te međusobnu interakciju do određene niže razine. Naime, nesumnjivo je da ti programi ulaze u obuhvat definicije automatskog sustava za odlučivanje (*automated decision system*). Za sada praksa nije pronađena.

ZAKLJUČAK

Sukladno navedenom za utvrditi je da nakon što Uredba stupi na snagu i počne se primjenjivati imamo jednu ozbiljnu pravnu prazninu prilikom njezine primjene u postupovnom pravu – parničnom, arbitražnom, kaznenom i upravnom. Praksa će sigurno riješiti pitanje, no dok se to ne dogodi, upitnost dosega Uredbe u odnosu na procesnopravnu valjanost korištenja UI-ja morala bi biti jednoobrazno riješena na razini EU-a putem direktive ili barem preporuke,⁶² ukoliko ne postoji nadležnost za donošenje propisa iz tih oblasti na razini EU-a.

Nadalje, s obzirom na navedeno, nužno bi bilo proceduralnim propisima predvidjeti sljedeće, a kako bi se upravo njegovo korištenje učinilo transparentnim te omogućilo strankama puni uvid u postupak te tehnologiju odlučivanja i rada suda i/ili arbitraže:

- da postupovni propisi moraju zauzeti jasan načelan stav oko dopustivosti korištenja UI-ja u pravosudnom procesu te o utjecaju stranaka na mogućnost ili nemogućnost njegovog korištenja;
- da korištenje UI-ja u pravosudnom postupku mora biti regulirano postupovnim propisima;
- da UI koji se koristi u pravosudnom postupku mora biti certificiran sukladno Uredbi;
- da presuda ili pravorijek moraju sadržavati naziv i certifikacijsku oznaku UI-ja koji je korišten u postupku, ako je korišten;
- obvezu suda ili arbitraže da uvodno strankama prije početka raspravljanja notificira korištenje UI-ja s mogućnošću prigovora stranaka nepostojanju certifikata sukladno Uredbi;

⁶² S obzirom na složenost tematike oko nadležnosti EU ili država članica glede ovih pitanja, u ovom radu neće se razmatrati navedeni problem.

– definiranje značenja procesne povrede u parničnom i arbitražnom postupku ukoliko se koristi necertificirana UI – za očekivati bi bilo da bude definirana kao apsolutno bitna povreda pravila postupka, odnosno kao valjani razlog za pobijanje arbitražne odluke;

– s obzirom na trenutno postojanje UI-ja koji se može koristiti u pravosudnim postupcima, nužno je regulaciju u osnovi donijeti što ranije, prije nego li započne korištenje UI-ja u širem ili širokom opsegu i nedvojbeno na višim kognitivnim razinama.

Arbitražne ugovore te arbitražne klauzule, kao i arbitražna pravila, stoga bi također trebalo nadopuniti podacima o korištenju UI-ja, a arbitražne institucije trebale bi u preporučenim arbitražnim klauzulama i pravilima navesti UI-je koji se koriste kao redovni UI u postupcima pred tim arbitražnim sudištima, naravno ako se koriste. Istovremeno bi trebalo ostaviti prostor strankama da odluče mogu li isključiti primjenu UI-ja u arbitražnom postupku koji ugovaraju.

Dakle, (očekivana) Uredba ovakva kakva jest zapravo inicira promjene pravosudnih i upravnih postupaka koji moraju regulirati njezino korištenje i povrede obveza u njezinom korištenju. Vrijeme je zapravo barem za pripremu za transparentno korištenje UI-ja u sudskim i arbitražnim postupcima koje se ne može ostvariti bez promjene relevantne postupovne regulative.

Dr. TIN MATIĆ,
Attorney at Law, Zagreb
TINA MATIĆ, mag. iur.
Research and Teaching Assistant
University College Effectus, Zagreb

APPLICATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TO ARBITRATION AND CIVIL PROCEDURE

Summary

The present paper analyses the impact of the Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts on the codes of civil procedure and arbitration of the Member States. In particular, the impact of the Regulation on electronic technology arbitration is considered and the legal gap in the regulation that will arise once the Regulation is adopted, as well as the need for the transparent application of artificial intelligence in litigation and arbitration. This analysis offers certain solutions for the application of artificial intelligence in arbitration as well as in court proceedings in general.

Key words: artificial intelligence, arbitration, procedural law, EU Regulation on Artificial Intelligence, high-risk AI systems

Literatura

- Kasap G. H., „Can Artificial Intelligence („AI“) Replace Human Arbitrators? Technological Concerns and Legal Implications“, *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2021, Issue 2, article 5.
- Kop M., „EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI“, *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, Transatlantic Antitrust and IPR Developments*, Stanford University, Issue No. 2/2021, <https://law.stanford.edu/publications/eu-artificial-intelligence-act-the-european-approach-to-ai/>.
- Maganić A., „Primjena elektroničke tehnologije u parničnom postupku“, *Okrugli stol – Novine u parničnom procesnom pravu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2020.
- Matić T., „Izazovi korištenja umjetne inteligencije i pametnih ugovora u rješavanju potrošačkih sporova“, *Okrugli stol – Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021.
- Matić T., Matić S., „Umjetna inteligencija i (tehnološka digitalna) arbitraža“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, br. XXVIII, Mostar, 2020.
- Pošćić A., „Postoji li potreba pravnog uređenja umjetne inteligencije u Europskoj uniji – razlozi za i protiv“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 42, br. 2, Rijeka, 2021.
- Sim C., „Artificial Intelligence and Arbitration – Will Artificial Intelligence Take over Arbitration?“, *Asian Journal of International Arbitration*, 2018, https://www.academia.edu/36646259/Will_Artificial_Intelligence_Take_Over_Arbitrators_2018_forthcoming_Asian_Journal_of_International_Arbitration.
- Snider T., Dilevka S., „Artificial Intelligence and International Arbitration: Going Beyond E-Mail“, <https://www.mondaq.com/saudiarabia/Technology/703064/Artificial-Intelligence-And-International-Arbitration-Going-Beyond-E-Mail>.
- Vadee M., Borgesius F. Z., „Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act“, *CRI 4/2021, Computer Law Review International, A Journal of Information Law Technology*.
- Werbach K., „Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law“, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 33:487:2018.
- Willick M. S., „Artificial Intelligence – Some Legal Approaches and Implications“, *AI Magazine*, Volume 4, Number 2, 1983.

MILOŠ KUZMAN

UGOVARANJE PRIMENE DOBRIH POSLOVNIH OBIČAJA U OBLASTI ISTRAŽIVANJA I PROIZVODNJE NAFTE I PRIRODNOG GASA U REPUBLICI SRBIJI

Od kad postoji naftna gasna privreda razvijali su se i primenjivali dobri poslovni običaji u oblasti istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa. Ovaj rad nastoji da odgovori na pitanje mogu li se takvi običaji primenjivati u Republici Srbiji i na koji način. Da bi se odgovorilo na postavljeno pitanje autor prvo sagledava istorijske okolnosti koje su dovele do nastanka i razvoja ovog instituta. Nakon toga analizira uslove za primenu ovog instituta u Republici Srbiji, između ostalog i kroz pregled relevantnog zakonodavstva i sudsku praksu, i pokušava da odgovori na pitanje da li su isti prisutni i u kojoj meri. Na kraju rada se predstavljaju rezultati analize i perspektive daljeg razvoja ovog instituta u naftno-gasnoj privredi Republike Srbije.

Ključne reči: dobri poslovni običaji, istraživanje i proizvodnja nafte i gasa, naftno-gasna privreda, pravna sigurnost, pravna praksa

UVODNA RAZMATRANJA

U naftnoj industriji, kao uostalom i u svakoj specifičnoj industriji, uporedo su se razvijale i pravne discipline koje su se bavile tom industrijom. Samim tim razvijali su se i konstantno se razvijaju specifični pravni instituti. Jedan od njih bio na primer bio *knock for knock* sporazum,¹ koji kod ugovora u oblasti istraživanja

Miloš Kuzman, viši savetnik za pravo istraživanja i proizvodnje nafte i gasa, NIS a. d. Novi Sad, potpredsednik Udruženja za pravo energetike Srbije, e-mail: milos.kuzman@upes.rs.

¹ Ovaj koncept se ne može doslovno prevesti te se u praksi pravnika u naftnoj industriji, gde se kao merodavno najčešće ugovara pravo Engleske i Velsa, on ne prevodi. Najpribližniji kolokvijalni prevod ovog koncepta bi bio – „ja tebi ti meni“.

i proizvodnje nafte i prirodnog gasa (u daljem tekstu: *upstream*) i generalno ugovora iz oblasti energetike, reguliše odgovornost ugovornih strana na način da je ona podeljena, odnosno da svaka ugovorna strana odgovara za svoje ljude i opremu bez obzira na uzrok.² Ovaj rad posvećuje pažnju jednom drugom, ne manje važnom konceptu u oblasti *upstream*, a to je koncept dobrih poslovnih običaja u istraživanju i proizvodnji nafte i prirodnog gasa.

Na osnovu iskustva iz dosadašnje prakse može se zaključiti da se u *upstream* ugovorima pod dobrim poslovnim običajima u oblasti istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa (u daljem tekstu: dobri naftaški običaji) najčešće podrazumevaju prakse, metode, standardi i procedure koje su opšteprihvaćene i praćene na međunarodnom nivou od strane odgovornih, posvećenih, veštih i iskusnih operatera u postupcima istraživanja, razvoja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa i koje su, u određeno, odnosno ugovoreno vreme, dozvoljene u državi u kojoj se vrši konkretni postupak, odnosno izvode radovi, pod uslovom da ne postoji namera da dobri poslovni običaji u istraživanju i proizvodnji nafte i prirodnog gasa budu ograničeni na optimalne prakse ili metode kojima se isključuju svi drugi običaji, već da predstavljaju spektar razumnih i odgovornih praksi, metoda, standarda i procedura.³ Definicije dobrih naftaških običaja razvijale su se čini se pretežno u anglosaksonskim pravima jer se u praksi pokazalo da se na njih najčešće pozivaju kompanije sa sedištima iz tih pravnih sistema, a na poslovne običaje se pozivaju i odredbe modela ugovora za naftno-gasnu industriju koje izrađuju globalno naftno-gasne institucije kao što su *Association of International Energy Negotiators – AIEN* (ranije *Association of International Petroleum Negotiators – AIPN*) i *International Association of Drilling Contractors – IADC*.⁴

² Radi boljeg pojašnjenja koncepta v. Nicholas Neuberger, Robert Meade, *Knock-for-knock indemnities: risk allocation in offshore energy contracts*, <https://bracewell.com/insights/knock-knock-indemnities-risk-allocation-offshore-energy-contracts>, 8. 8. 2022; Marcelino M. Andrade, „Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issues“, *Oil, Gas & Energy Law Journal*, No. 6, 2011; Sylvie Cécile Cavaleri, „The Validity of Knock-for-Knock Clauses in Comparative Perspective“, *European Review of Private Law*, Volume 26, Issue 1, 2018, 3–29.

³ Više o različitim definicijama dobrih naftaških običaja i njihovim prednostima nedostacima v. Mohammed Al-Najjar, A F M Maniruzzaman, *The Legal, Environmental and Social Prospects of the Term ‘Good Oilfield Practice’ within the Onshore Upstream Oil Industry: Law in the Making?*, *OGEL 5 (2020)*, in *Environmental, Social and Governance (ESG)*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738485, 30. 9. 2022.

⁴ V. npr. 2020 *International Model Offshore Drilling Contract*, *Association of International Petroleum Negotiators*, član 7.1.1; *Model Turnkey Contract*, Revised April 2003, *International Association of Drilling Contractors*, član 18.9.

S obzirom na to da institut dobrih naftaških običaja vodi poreklo iz zemalja razvijene naftno-gasne privrede, postavlja se pitanje mogućnosti postojanja i primene ovog instituta u pravu Republike Srbije. Takođe, postavlja se pitanje može li se ovakav institut ugovoriti u spoljnotrgovinskim ugovorima u kojima bi merodavno pravo bilo neko strano pravo, a usluge bi se vršile u Republici Srbiji.

Kako bi se odgovorilo na navedena pitanja, trebalo bi da se sagleda istorijski kontekst i razvoj ovog instituta, valjalo bi analizirati relevantne zakonske odredbe koje se odnose na ovaj institut i sagledati sve aspekte gorenavedene definicije dobrih naftaških običaja koji se koriste u praksi. Takođe bi trebalo da se objasni koji su sve uslovi za postojanje ovog instituta u Republici Srbiji i sprovede analiza da li su oni prisutni. Širi kontekst ovog rada potrebno je posmatrati i kroz prizmu zaštite životne sredine i borbe protiv klimatskih promena i njihovih posledica, koji elementi postaju sve prisutniji u izgradnji i primeni dobrih naftaških običaja.

Stoga ovaj rad ima nameru da odgovori na prethodno postavljena pitanja kroz korišćenje navedenih načina sagledavanja problematike i samim tim prikaže i razvije koncept dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji. Na kraju rada biće izneti zaključci do kojih se došlo prethodnom analizom i smernice budućih razmišljanja o ovoj temi.

ISTORIJSKI KONTEKST RAZVOJA INSTITUTA DOBRIH NAFTAŠKIH OBIČAJA

Nema sumnje da su koreni razvoja instituta dobrih naftaških običaja nastali u državama sa organizovanom i razvijenom naftno-gasnom privredom. Može se izvesno zaključiti da oni sežu do početka XIX veka i početka proizvodnje parafina iz sirove nafte, odnosno do daleke 1846. godine kada je izbušena prva moderna bušotina na poluostrvu Apšeron severoistočno od Bakua.⁵ Od tada pa do danas razvoj ovog instituta je teкао uporedo u svim državama sveta u kojima se sa kopna, a nakon toga sa dna vodenih površina, vadila nafta i prirodni gas. Iz navedenog zaključujemo da ne možemo govoriti o jedinstvenom globalnom istorijskom razvoju dobrih naftaških običaja, već se radi o više procesa koji su uporedo tekli. U međunarodnom pravu ne postoje kodifikovane uzanse u ovoj oblasti, pa samim tim ni jednoobrazno tumačenje u pogledu toga šta bi se smatralo međunarodnim dobrim naftaškim običajima.

⁵ Mir Yusif Mir-Babayev, „Azerbaijan’s Oil History - A Chronology Leading up to the Soviet Era“, *Azerbaijan International*, Volume 10.2, 2002, 34–40. Više o istorijskom razvoju naftaške industrije v. Marius S. Vassiliou, *Historical Dictionary of the Petroleum Industry*, Rowman & Littlefield, London, 2018.

Stoga bi istorijski kontekst ovog instituta u Republici Srbiji trebalo da se posmatra kroz prizmu onih procesa u naftno-gasnoj privredi koji su se u njoj dešavali prethodnih decenija.⁶ S obzirom na činjenicu da je naftno-gasna privreda Republike Srbije ponikla na naftno-gasnoj privredi jugoslovenskog prostora, na tom bi se prostoru morao i posmatrati istorijski razvoj instituta kojim se bavimo u ovom radu. Iako je prva nafta u Republici Srbiji potekla sa bušotine u Jermenovcima, Južni Banat, 1952. godine, još 1886. godine je izbušena nafta bušotina u Peklenici u Međimurju koja će nešto kasnije postati deo jugoslovenske države.⁷

Kada posmatramo jugoslovenski prostor, iz dostupnih izvora proizlazi da teško da možemo govoriti o jedinstvenom naftnom tržištu.⁸ Pre bi se moglo zaključiti da je na tom prostoru uporedo tekao razvoj naftnih privreda bivših jugoslovenskih republika. Kada stvari posmatramo još uže imajući u vidu temu rada, na jugoslovenskom prostoru su se razvijala dva tržišta istraživanja i proizvodnje nafte i gasa, hrvatsko i srpsko.⁹ Još uže posmatrano, možemo govoriti o dva tržišta koja su obrazovale kompanije čije su pravne naslednice hrvatska kompanija INA d. d. i srpska kompanija NIS a. d. Novi Sad.

Iz navedenog se mogu izvesti zaključci da u poslovima istraživanja i proizvodnje nafte i gasa navedene dve kompanije nisu sarađivale u regionu, odnosno da stručnjaci iz jedne kompanije nisu pružali usluge drugoj. Iz ovoga sledi da su kompanije samostalno razvijale svoju praksu bez uticaja druge kompanije, te da u tom smislu možemo govoriti o dva različita tržišta na kojima su se samostalno razvijali svi pa i pravni instituti. Imajući u vidu navedeno, može se zaključiti i da je institut dobrih naftaških običaja različito razvijan u ovim kompanijama, a samim tim da se on različito razvijao u Republici Srbiji odnosno Republici Hrvatskoj.

Takođe, na poslovima istraživanja i proizvodnje nafte i gasa u Republici Srbiji do raspada zajedničke države, odnosno i kasnije do 2000. godine, uglavnom su radili stručnjaci unutar kompanije NIS a. d. Novi Sad bez značajnijeg uključivanja međunarodnih kompanija. Stoga kada govorimo o razvoju instituta

⁶ Više o razmišljanjima o položaju Republike Srbije na globalnoj energetskej mapi sa osvrtom na naftu i prirodni gas v.: Srećko Đukić, *Vreme energije – Više od diplomatije*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 217–221.

⁷ Portal hrvatske tehničke baštine, <https://tehnika.lzmk.hr/busotine/>, 8. 8. 2022.

⁸ Dostupna literatura se u člancima isključivo bavi istraživanjem i proizvodnjom nafte i gasa državnih naftno-gasnih kompanija, v. npr. Petar Flekovic, „Oil and gas extraction in Yugoslavia“, *Nafta*, Zagreb, br. 35: 7–8, 1984, 395–397.

⁹ S obzirom na malu količinu naftnih odnosno gasnih bušotina i njihov značaj, za potrebe ovog rada nećemo posebno obrađivati slovenačko tržište, kao ni makedonsko, crnogorsko i bosanskohercegovačko tržište istraživanja i proizvodnje nafte i gasa.

dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji, govorimo o *sui generis* razvoju unutar struktura jedne kompanije do početka novog milenijuma. Tek nakon tog perioda možemo posmatrati i uticaj međunarodnih standarda na razvoj instituta dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji, a posebno nakon privatizacije kompanije 2008. godine.

U teoriji prava u Republici Srbiji, kao ni u drugim naukama koje proučavaju srodne discipline, nema relevantnih izvora koji su se bavili ovom tematikom. Razlog bi mogao ležati u prethodno navedenoj činjenici da se relevantna praksa razvijala unutar jedne kompanije, te da nije bilo potrebe za pokretanjem šire debate na ovu temu. Iako postoje istorijski razlozi zbog čega se na ovu temu nije mnogo pisalo, dva su osnovna razloga zbog čega bi joj trebalo posvetiti dužnu pažnju. Prvi leži u tome da, kako se poslovanje NIS a. d. Novi Sad otvorilo ka međunarodnim tržištima, kompanije koje dolaze iz stranih država žele da sporazumi koje ugovaraju sa NIS a. d. Novi Sad sadrže klauzule o poštovanju dobrih naftaških običaja te je celishodno znati sadržinu tog instituta. Drugi razlog se odnosi na generalnu potrebu ka postavljanju temelja razumevanja ove problematike u kontekstu integrisanja naftno-gasne privrede Republike Srbije u međunarodne tokove.

Takođe, ni relevantna pravna praksa se nije bavila ovim institutom, jer se u pravnoj praksi u Republici Srbiji nisu javljale sporne situacije na ovu temu. Ukoliko se pitanja u vezi sa institutom dobrih naftaških običaja nađu pred organima uprave ili sudskim organima Republike Srbije u budućnosti, celishodno je da postoji pravno teorijska podloga na kojoj će pravni praktičari moći da razviju pravnu argumentaciju u konkretnom slučaju.

ANALIZA RELEVANTNIH ZAKONSKIH PROPISA U REPUBLICI SRBIJI

U analizi relevantnih zakonskih propisa u Republici Srbiji na navedenu temu pošlo se od instituta dobrih poslovnih običaja iz važećeg Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: Zakon).¹⁰ Tako se u čl. 21 Zakona navodi da su strane u obligacionim odnosima dužne da u pravnom prometu postupaju u skladu sa dobrim poslovnim običajima, kao i da se na obligacione odnose primenjuju uzanse ako su strane u obligacionim odnosima ugovorile njihovu primenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primenu hteli.

¹⁰ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/03 – *Ustavna povelja i Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

Zakonom se u čl. 1107 propisuje da se odredba opštih ili posebnih uzansi kojom se utvrđuje pretpostavka da su ugovorne strane pristale na primenu uzansi, ukoliko ih nisu ugovorom isključile, neće primenjivati posle stupanja na snagu Zakona, da se Opšte uzanse za promet robom (*Službeni list FNRJ*, br. 15/54) neće primenjivati posle stupanja na snagu Zakona u pitanjima koja su njima regulisana, i da ukoliko su opšte ili posebne uzanse ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama Zakona, primenjivaće se odredbe Zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primenu uzansi, odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja.

Takođe, relevantna za ovu analizu je odredba čl. 18, st. 2 Zakona kojim je propisano da je strana u obligacionom odnosu dužna da u izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne delatnosti postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka). Značajna je i odredba čl. 103, st. 1 Zakona kojom je propisano da je ništav ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ukoliko cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.

Iako se Zakon o rudarstvu i geološkim istraživanjima¹¹ ne bavi institutom dobrih naftaških običaja, kao relevantan za dalju analizu navodimo čl. 50, st. 1, tač. 12 ovog zakona kojim je propisano da je nosilac istraživanja dužan da obezbedi da se tokom ispitivanja jezgra istražnih bušotina i drugih uzoraka pridržava pozitivne geološke prakse za ta ispitivanja i to na način da omogući proverljivost dobijenih rezultata ispitivanja. Iz dostupnih izvora nije pronađena relevantna sudska praksa u Republici Srbiji koja se odnosi kako na institut dobrih poslovnih običaja tako ni na institut dobrih naftaških običaja.

Na početku ove analize potrebno je razgraničiti pojam dobrih poslovnih običaja od pojma uzansi. Jasno razgraničenje postavljeno je u komentaru Zakona u kome stoji da je glavna razlika između trgovačkih običaja i uzansi u tome što se trgovački običaj saznae i utvrđuje, dok su uzanse utvrđene jer predstavljaju kodifikovane trgovačke običaje od strane trgovačkih komora i drugih trgovačkih asocijacija.¹² Iz dosadašnjeg iskustva u oblasti istraživanja i proizvodnje nafte i gasa autora ovog rada može se tvrditi da se ugovorne odredbe koje se odnose na institut dobrih naftaških običaja najčešće ne pozivaju na konkretne uzanse,

¹¹ Zakon o rudarstvu i geološkim istraživanjima, *Službeni glasnik RS*, br. 101/15, 95/18 – dr. zakon i 40/21.

¹² Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Savremena administracija, Beograd, 1995, 49.

kao što je slučaj i sa citiranom ugovornom odredbom u uvodu ovog rada. Takođe, kako smo već naveli, na globalnom nivou nije došlo do kodifikacije dobrih naftaških običaja te teško možemo govoriti o uzansama u ovoj oblasti. Stoga će nam za dalju zakonsku analizu ovog instituta poslužiti pojam dobrih poslovnih običaja.

Jedna od vladajućih definicija određuje dobre poslovne običaje kao pravila poslovnog morala formirana dugotrajnim ponavljanjem određenog načina ponašanja u poslovanju, za koja strane smatraju da su obavezna i koja su relevantna za javni poredak.¹³ Videli smo da Zakon propisuje dužnost poštovanja dobrih poslovnih običaja. Navedena norma je imperativnog karaktera i primenjuje se bez obzira na to šta su strane ugovorile. Kako dobri naftaški običaji predstavljaju dobre poslovne običaje u poslovima istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa zaključujemo da se oni primenjuju bez obzira na to da li je njihova primena ugovorena. Postavlja se stoga pitanje da li se ugovorne odredbe koje pozivaju na poštovanje dobrih naftaških običaja u skladu sa pravom Republike Srbije u praksi strogo drže zakonskog teksta.

Bez obzira na postojanje navedene imperativne zakonske odredbe, ugovorne odredbe kojima je određeno poštovanje dobrih naftaških običaja od strane ugovornih strana uglavnom sadrže znatno širu definiciju dobrih naftaških običaja nego što je to slučaj u zakonskom tekstu. One često služe kao putokaz onima koji ugovor izvršavaju, npr. naftnim inženjerima, i predstavljaju puku deklaraciju o poštovanju nečega što je već zakonski obavezno. Ovakve ugovorne odredbe u toku pregovaranja nacrtu ugovora najčešće predlažu kompanije koje nemaju sedište u Republici Srbiji i koje često ne poznaju lokalne propise, te na taj način žele dodatno da se osiguraju da će se posao vršiti u skladu sa određenim standardima. Stoga se čini da nije sporno da zakonodavstvo Republike Srbije poziva na poštovanje dobrih naftaških običaja, već je sporna njihova sadržina o kojoj će biti više reči u sledećem poglavlju.

Sankcija za nepoštovanje dobrih običaja u skladu sa Zakonom je ništavost ugovora.¹⁴ Jasan je stoga, između ostalog, značaj koje zakonodavstvo Republike Srbije pridaje dobrim poslovnim običajima u odnosima između privrednih subjekata i način na osnovu kojeg strogo sankcioniše njihovo nepoštovanje. Sa druge strane, retki su slučajevi u praksi da su se ugovori oglašavali ništavim usled nepoštovanja

¹³ Slobodan Perović, „Pojam i primena dobrih poslovnih običaja“, *Pravni život*, br. 1, Beograd, 1982, 23.

¹⁴ U ovom radu, usled njegovog ograničenog obima, nećemo se dotaći analize da li svaki dobar poslovni običaj predstavlja dobar običaj u skladu sa Zakonom, već ćemo poći od pretpostavke da se između ova dva pojma može staviti znak jednakosti.

dobrih poslovnih običaja te je upitna delotvornost ovakve zakonske odredbe uprkos jasne namere zakonodavca.

Dobar stručnjak takođe mora biti vrsni poznavalac običaja u skladu sa Zakonom. Stepen povećane pažnje dobrog stručnjaka, uključujući i *upstream* stručnjaka uključuje običaje iz njegove struke, u konkretnom slučaju dobre naftaške običaje. Kako je ova odredba Zakona imperativnog karaktera, ugovorne strane ne moraju izričito ugovoriti da izvršilac odnosno izvođač prilikom vršenja ugovornih obaveza postupa u skladu sa standardom pažnje dobrog stručnjaka. Ukoliko se konkretne usluge ili radovi vrše u Republici Srbiji, ponovo se postavlja pitanje sadržine običaja koje dobar stručnjak mora da poznaje i u skladu sa njima postupa.

Prethodno navedeni član Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima propisuje obavezu pridržavanja dobre geološke prakse pri ispitivanju jezgara istražnih bušotina.¹⁵ Ekstenzivnim logičkim tumačenjem bi se moglo tvrditi da ovakva praksa predstavlja jedan od segmenta dobrih naftaških običaja, s obzirom na činjenicu da jezgrovanje predstavlja jednu od redovnih operacija koja se sprovodi pri ispitivanju kako istražnih tako i eksploatacionih bušotina. Iz toga bi proizašlo da Zakon o rudarstvu i geološkim istraživanjima prepoznaje institut dobrih naftaških običaja makar kroz ovaj jedan njegov segment. Navedena odredba je jedina u tom zakonu koja koristi slični pravni standard, te nije jasno zbog čega se zakonodavac samo u ovom slučaju pozvao na korišćenje dobre prakse. Ukoliko bi pokušali da utvrdimo šta bi se u konkretnom slučaju smatralo dobrom geološkom praksom, naišli bismo na sličnu vrstu dilema i diskusije kao i po pitanju koje predstavlja temu ovog rada.

Iako citirane zakonske odredbe ne sadrže odredbe koje se eksplicitno odnose na dobre naftaške običaje, iz njih bi se mogli izvesti izvesni zaključci koji bi se koristili u daljoj analizi. Jedan od zaključaka bio bi da se pri analizi instituta dobrih naftaških običaja moralo krenuti od instituta dobrih poslovnih običaja kao generičkog instituta. Drugi zaključak bi bio da bi nepoštovanje dobrih naftaških običaja moglo u nekim ekstremnim situacijama da dovede do ništavosti ugovora.

Moglo bi se zaključiti da je institut dobrih naftaških običaja neodvojiv od instituta pažnje dobrog naftaškog stručnjaka, te se ova dva instituta moraju posmatrati

¹⁵ Jezgro predstavlja deo stene u obliku cilindra, koje se uzorkuje sa zidova bušotine i razlaže na manje cilindrične uzorke pa potom suši radi ispitivanja sastava bušotine. V.: „How Does Core Analysis Work?“, https://www.rigzone.com/training/insight.asp?insight_id=325&c_id=#:~:text=A%20core%20is%20a%20sample%20of%20rock%20in,These%20core%20plugs%20are%20then%20dried%20and%20measured, 8. 8. 2022. Detaljnije o tehnologiji jezgrovanja v. Robert A. Skopec, „Proper Coring and Wellsite Core Handling Procedures: The First Step Toward Reliable Core Analysis“, *Journal of Petroleum Technology*, 1994.

komplementarno. Još jedan od zaključaka bi upućivao na to da je zakonodavac u sektorskom zakonu ipak, makar na segmentaran način, obratio pažnju na institut dobrih naftaških običaja propisivanjem obaveze pridržavanja dobre geološke prakse.

POSTOJANJE I SADRŽINA INSTITUTA DOBRIH NAFTAŠKIH OBIČAJA U REPUBLICI SRBIJI

Elementi instituta dobrih naftaških običaja

Ako pođemo od pretpostavke da institut dobrih naftaških običaja predstavlja uži pojam instituta dobrih poslovnih običaja iz Zakona i da se na njega nastavlja, može se tvrditi da ova dva instituta svoje temelje grade na sličnim ako ne i istim elementima na osnovu zaključaka koji će biti izneti na kraju rada. Stoga ćemo za potrebu ove analize iskoristiti elemente već navedene definicije dobrih poslovnih običaja prof. Perovića a to su:

- a) poslovni moral;
- b) dugotrajno ponavljanje određenog načina ponašanja u poslovanju;
- c) svest strana o njihovoj obaveznosti; i
- d) relevantnost za javni poredak.

Kada se govori i piše o industriji nafte i prirodnog gasa često se može čuti da se radi o amoralnoj industriji, najčešće zbog njenog uticaja na klimatske promene i generalno životnu sredinu. Iako ima i suprotnih gledišta, ističe se da je naftna industrija u najboljem slučaju nužno zlo, dok se u najgorem slučaju može govoriti o nepotrebnom zlu.¹⁶ Međutim, kada govorimo o poslovnom moralu u kontekstu dobrih naftaških običaja mi ne posmatramo svest ljudi o samoj industriji nego *inter partes* odnose učesnika u sektoru nafte i prirodnog gasa.

Prilikom sklapanja sporazuma u okviru svog redovnog poslovanja, kao prilog sporazuma naftne kompanije se pozivaju na svoje etičke kodekse i prilažu ih uz sam ugovor. Na taj način kompanija koja predlaže primenu svog etičkog kodeksa nameće pravila svog poslovnog morala kao ugovornu obavezu drugoj strani. Neretko se dešava da svaka od ugovornih strana predloži primenu svog etičkog kodeksa, u kom slučaju dolazi do pregovora u kome se strane dogovaraju koja će etička pravila primenjivati u međusobnom poslovnom odnosu. Ukoliko ovakva pravila nisu ugovorena između strana, strane se neretko u ugovornim odredbama obavezuju na većinu elemenata koji su sadržani u etičkim kodeksima naftnih kompanija.

¹⁶ Alex Epstein, „The Moral Defense of the Oil Industry“, <https://www.masterresource.org/energy-debate/energy-ethics-101/>, 8. 8. 2022.

Iz navedenog je jasno da naftne kompanije posvećuju dužnu pažnju etičkim standardima odnosno pravilima poslovnog morala, i teže da iste uvrste u ugovore kako bi bilo što jasnije i preciznije o kakvim se pravilima radi. U tom kontekstu opseg elementa poslovnog morala kod instituta dobrih naftaških običaja znatno je sužen i obuhvata sva ona etička pravila odnosno sve ono što navedeni etički kodeksi, ukoliko su takva pravila odnosno primena kodeksa ugovorena, ne obuhvataju. Možemo zaključiti da iako poslovni moral predstavlja bitan element pojma instituta dobrih naftaških običaja, zastupljenost tog elementa je nešto uža nego generičkog instituta dobrih poslovnih običaja, s obzirom na prirodu naftno-gasne privrede.

Poslovanje u oblasti istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa je vrlo specifično i ono je kroz istoriju razvijalo svoje sopstvene zakonitosti i prakse. Iako su određene zakonitosti u ovoj oblasti kodifikovane, značajan broj njih je ostao na nivou dobrih praksi i dobrih primena. Većina tih dobrih praksi se na uniforman način vrši u praksama kako međunarodnih kompanija tako i u Republici Srbiji. Dodatno, naftaši su razvili svoje specifične izraze i metode koje dugotrajno i redovno upotrebljavaju kao što je slučaj sa gotovo svakom industrijom.

Dugotrajno ponavljanje praksi može biti opšteg ali i specifičnog karaktera i vezivati se za jedan region odnosno za jedno usko područje primene zbog npr. specifičnosti geoloških uslova u bušotini, vremenskih prilika itd. Zato kada se posmatra ovaj element mora se voditi računa o njegovoj fleksibilnosti u kontekstu okolnosti u kojima ga koristimo. Dodatno, istorija sektora istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa se već više vekova razvija u svetskim okvirima, te i u tom smislu možemo govoriti o dugotrajnosti ponavljanja dobrih praksi u poslovanju. Stoga je ovaj element ne samo prisutan kod definisanja instituta dobrih naftaških običaja, već predstavlja njegov značajan temelj na kome ceo institut počiva kako zbog specifičnosti industrije o kojoj govorimo tako i zbog njene dugotrajnosti.

Svest strana o obaveznosti dobrih naftaških običaja ne bi trebalo da predstavlja sporan element tog instituta, već se može postaviti pitanje o istovrsnom razumevanju strana o tome šta takvi običaji predstavljaju i u kom obimu. Ukoliko, na primer, obe ugovorne strane u poslovima istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa predstavljaju naftne kompanije iz iste američke savezne države, ovakva svest bi bila kvalitativno i kvantitativno na višem nivou poklapanja nego što bi to bilo sa svešću kompanija koje dolaze sa istočne i zapadne obale Sjedinjenih Američkih Država.

Kada posmatramo lokalni kontekst, i govorimo na primer o naftnoj kompaniji iz Narodne Republike Kine koja vrši usluge u Republici Srbiji za potrebe NIS a. d. Novi Sad, iako obe strane imaju svest o poštovanju ovih običaja, različita *upstream* praksa među državama iz kojih dolaze ugovorne strane može uticati na

to da ova svest ne bude istog kako kvalitativnog tako i kvantitativnog određenja. Sa druge strane, ove se razlike mogu i prevazići nakon određenog vremenskog perioda kontinuirane poslovne saradnje, što se mora posmatrati u svakom konkretnom slučaju. Upitna je stoga sadržina ovog elementa kod instituta dobrih naftaških običaja, što bi uvek trebalo imati u vidu prilikom njegovog ugovaranja i kasnije primene.

U najvećem broju zemalja sveta naftno-gasna privreda je označena kao privreda od posebnog interesa za odbranu zemlje i isti se značaj daje i naftno-gasnim kompanijama. Nafta i prirodni gas predstavljaju značajne energetske resurse i država koja raspolaze rezervama ovih energenata smatra se privilegovanom imajući u vidu značaj posedovanja energenata posebno u kontekstu sigurnosti snabdevanja.¹⁷ Svedoci smo globalnih borbi za prevlast nad resursima, u kojoj bitno mesto zauzimaju upravo nafta i prirodni gas. Stoga možemo govoriti o izrazito visokoj relevantnosti nafte i gasa, a posledično i instituta dobrih naftaških običaja na javni poredak jedne države.

Javni poredak bi se mogao definisati kao sistem propisa koji obuhvata osnovne principe o uređenju zemlje koje su strane u obligacionim odnosima dužne da poštuju.¹⁸ Postavlja se pitanje da li bi povreda dobrih naftaških običaja između dve ugovorne strane mogla dovesti do ugrožavanja osnovnih principa državnog uređenja odnosno javnog poretka. Na ovo pitanje odgovor će biti dat putem narednog primera. U tom smislu skreće se pažnja da određeni geološki podaci o nafti i gasu predstavljaju čak i državnu tajnu, te da su pojedinim operativnim sektorima u istraživanju i proizvodnji nafte i prirodnog gasa kompanije NIS a. d. Novi Sad poznati ovi podaci te da zaposleni u tim sektorima imaju obavezu da čuvaju državnu tajnu.¹⁹

Ukoliko bi jedna ugovorna strana u prethodno opisanom primeru drugoj strani neovlašćeno otkrila geološke podatke koji predstavljaju državnu tajnu, ne samo da bi postojali osnovi sumnje da je učinila krivično delo odavanje državne tajne, već bi moglo u određenim okolnostima doći i do ugrožavanja javnog poretka Republike Srbije ukoliko bi ti podaci npr. postali dostupni nekom drugom državnim entitetu. Iz navedenog i sličnih primera jasna je korelacija između instituta

¹⁷ Više o trenutnom statusu država sa najvećim rezervama nafte u svetu i objašnjenju samog pojma naftnih rezervi možete videti na: Amadeo Kimberly, „What are oil reserves?“, <https://www.the-balance.com/oil-reserves-definition-categories-world-s-largest-3305873>, 8. 8. 2022.

¹⁸ Ilija Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 126.

¹⁹ Više o tome koji podaci se smatraju podacima od značaja za odbranu zemlje videti u Uredbi o podacima i poslovima značajnim za sistem odbrane koji se moraju čuvati i štititi u skladu sa zakonom kojim se uređuje zaštita tajnosti podataka i o kriterijumima za popunu radnih mesta na kojima se ti zadaci i poslovi obavljaju, *Službeni glasnik RS*, br. 8/20.

javnog poretka i instituta dobrih naftaških običaja, te sama relevantnost javnog poretka po običaje koji su prisutni u istraživanju i proizvodnji nafte i gasa.

Analizirajući elemente definicije dobrih poslovnih običaja zaključuje se da su isti elementi prisutni u većoj ili manjoj meri i kod instituta dobrih naftaških običaja. Čini se da bi preambiciozno za format ovog rada bilo razmatrati i neke dodatne elemente koji bi se mogli uključiti u pojam dobrih naftaških običaja (npr. svest o posledicama klimatskih promena), iako bi isto bilo svrsishodno.

Dobri naftaški običaji u Republici Srbiji

Nakon izvršene analize elemenata koji ga čine i navedenih primera možemo govoriti o postojanju instituta dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji, bilo da je reč o nacionalnim običajima ili međunarodnim koji nisu suprotni javnom poretku Republike Srbije i bez obzira da li je, ukoliko je ugovorena primena ovog instituta, merodavno pravo ugovora neko strano pravo ili pravo Republike Srbije. Ono što je sporno jeste sadržina ovog instituta, odnosno postavlja se pitanje koji to običaji spadaju u korpus dobrih naftaških običaja koji se primenjuju u Republici Srbiji.

U Republici Srbiji postoje pisana pravila koja regulišu oblast istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa, i ista su najčešće donošena u formi internih akata NIS a. d. Novi Sad i njegovih pravnih prethodnika, kao kompanije koja je posedovala i poseduje ekskluzivna istražna prava na naftu i prirodni gas u Republici Srbiji. Mnogi od tih akata su doneti pre nekoliko decenija i u međuvremenu je iz različitih razloga otpao pravni osnov na osnovu koga su doneti.²⁰ Neretko se sadržina tih akata i dalje, nakon nekoliko decenija, primenjuje u praksi NIS a. d. Novi Sad i njenih zavisnih društava na način da navedene kompanije ugovaraju primenu tih pravila u ugovornim odnosima sa drugim kompanijama.²¹ Ovakva pravila su zapravo, u skladu sa definicijom čije smo elemente prethodno izložili, ušla u korpus dobrih naftaških običaja. Za razliku od drugih pravila koja nisu zapisana, sadržina ovako nastalih dobrih naftaških običaja može se utvrditi na jednostavan način tu-maćenjem relevantnih akata koji su prestali da važe.

Sa druge strane, da bi se utvrdila sadržina nezapisanih dobrih naftaških običaja moraju se koristiti pomoćna sredstva kao što bi na primer bila sudska praksa

²⁰ Najčešći slučaj jeste taj da je, ukoliko je u pitanju podzakonski akt, prestao da važi zakon na osnovu koga su doneti i svi podzakonski akti, ili kada je u pitanju interni akt NIS a. d. Novi Sad da je prestao da važi interni akt više snage na osnovu koga je predmetni akt donet.

²¹ Takav je na primer Pravilnik o zaštiti od erupcije koji je donet 21. avgusta 1978. godine na osnovu Pravilnika o tehničkim merama i o zaštiti na radu pri istraživanju i eksploataciji nafte i zemnih plinova dubinskim bušotinama, *Službeni list SFRJ*, br. 46/60, 27/64, 2/67 i 14/67, koji je prestao da važi.

koja bi mogla kako da tumači tako i da stvara dobre naftaške običaje. Nažalost, adekvatna sudska praksa u ovoj oblasti nije pronađena u Republici Srbiji. Nepostojanje uzansi iz ove oblasti u Republici Srbiji onemogućava njihovu analizu radi iznalaženja toga šta predstavlja institut dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji.

Već smo naveli na koji način se kroz istoriju razvijao institut dobrih naftaških običaja u Republici Srbije, te je jasno da sam razvoj instituta nije tekao uniformno i da je prolazio kroz različite faze. Iako su i pre privatizacije kompanije NIS a. d. Novi Sad poslove u *upstream* industriji vršile međunarodne naftne kompanije, ta saradnja je bila sporadična. O kontinuiranom međunarodnom prisustvu i samim tim uticaju međunarodnih dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji možemo govoriti tek nakon privatizacije. Iako su već deceniju i po međunarodne naftne kompanije prisutne u Republici Srbiji, njihovo prisustvo na pojedinim *upstream* poslovima uglavnom nije trajalo duže od nekoliko godina. U tom smislu teško da možemo govoriti o dugotrajnom ponavljanju određenih radnji pa time i do uticaja praksi ovih kompanija na institut dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji.

Imajući u vidu prethodno, mogao bi se izvesti zaključak da bi sadržinu instituta dobrih naftaških običaja trebalo tražiti u relevantnoj praksi kompanije NIS a. d. Novi Sad i njenih zavisnih društava koja se bave *upstream* poslovima. Međutim, ovakvu sadržinu je izuzetno teško utvrditi i zahtevalo bi primenu različitih metoda neposrednog saznanja od inženjera koji rade na konkretnim poslovima i praćenje vršenja poslovnih procesa. Čak i ako utvrdimo sadržinu praksi, svest o obaveznosti ovih običaja postoji samo između zaposlenih u navedenim kompanijama te je oblast primene ovako utvrđenih običaja veoma sužena.

Vratimo se na ugovornu odredbu sa početka rada koja se najčešće ugovara kod ugovora gde međunarodna naftno servisna kompanija pruža usluge kompaniji NIS a. d. Novi Sad u Republici Srbiji. Teško da bi se moglo tvrditi da ta međunarodna kompanija ima svest o primeni običaja koji su nastali u praksi kompanije NIS a. d. Novi Sad i njenih zavisnih društava. Takva kompanija ima svest o primeni onih dobrih naftaških običaja koje redovno primenjuje u saradnji sa naftnim kompanijama iz država iz kojih dolaze, a čiji običaji opet uglavnom nisu poznati naručiocu posla kompaniji NIS a. d. Novi Sad.

Učesnici u poslovima istraživanja i proizvodnje nafte i prirodnog gasa u Republici Srbiji moraju stoga vrlo pažljivo pristupiti ugovaranju primene dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji. Ukoliko se ugovore dobri naftaški običaji o čijoj sadržini ugovorne strane imaju drugačiju svest, pa eventualno i različit poslovni moral ako se na primer radi o državi koja primenjuje šerijatsko pravo, moglo bi se doći na polje otežane primene pa čak i nemogućnosti primene takve ugovorene

odredbe. Celishodnije bi u konkretnoj situaciji bilo ugovaranje konkretnih pravila koja će se primenjivati u odnosima između ugovornih strana, o kojima su se strane unapred saglasile i koje su im unapred poznate.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kada strane ugovore primenu određenih pravila, potrebno je da ta pravila budu jasna i poznata obema stranama kako bi se osigurala njihova nesmetana primena. U slučaju nejasnoća u sadržini ugovornih odredbi moguće je da se strane spore oko njihovog tumačenja, da oko tumačenja ne mogu da se dogovore, te da pomoć potraže od nadležnog suda ili eventualno ugovorene arbitraže. Kada govorimo o institutu dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji ne bi bilo poželjno da strane ugovore njihovu primenu, a da nisu sigurne u njihovu sadržinu kako se ne bi eventualno pošlo prethodno opisanim putem nejasno ugovorene odredbe.

Iz prethodno izvršene analize, jasno je da nema opšte prihvaćenih međunarodnih pravila u oblasti istraživanja i proizvodnje nafte i gasa, da je ista situacija u Republici Srbiji ali, takođe, i da se može govoriti o postojanju dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji. Ono što ostaje kao izazov nakon ove analize je utvrđivanje sadržine ovog instituta i čini se da bi se takav izazov teško mogao rešiti u narednom vremenskom periodu. Za rešenje tog problema potrebno je dugotrajno ponavljanje *upstream* praksi određenog moralnog kvaliteta između subjekata koji imaju svest o njihovoj obavezности. Nakon toga je potrebno posedovati relevantne izvore iz kojih bi ova sadržina mogla biti saznata, na primer postojanje sudske prakse ili mišljenja nadležnog ministarstva.

Preporučuje se stoga ugovornim stranama da umesto ugovaranja primene dobrih naftaških običaja u Republici Srbiji jasno ugovore pravila koja će međusobno poštovati prilikom vršenja ugovornih obaveza, kakva bi na primer bila interna akta kompanije iz *upstream* oblasti koja predstavlja predmet konkretnog ugovora. Na ovaj način će postojati veća pravna sigurnost u međusobnim odnosima ugovornih strana i neće postojati sadržinske nedoumice, ili će iste biti znatno smanjene, u načinu vršenja konkretnih poslova.

Na kraju, potrebe naftne industrije diktiraju i nove načine vršenja *upstream* poslova, na primer sve teže otkrivanje zaliha nafte i prirodnog gasa u oblastima relativno niskih rezervi ili potreba za održivim načinom eksploatacije u vezi sa zahtevima koji se odnose na prevenciju klimatskih promena odnosno na zaštitu životne sredine. U takvim okolnostima postojeće prakse dobijaju sadržinski nove okvire što predstavlja još jedan razlog za oprez prilikom ugovaranja primene dobrih naftaških običaja.

MILOŠ KUZMAN

Senior Upstream Legal Advisor in NIS Novi Sad

Vice President of the Serbian Energy Law Association

CONTRACTING THE APPLICATION OF GOOD OILFIELD PRACTICES IN THE UPSTREAM SECTOR IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Since the oil and gas economy existed, good business practices have been developed and applied in the field of oil and natural gas exploration and production. This article seeks to answer the question of whether such practices can be applied in the Republic of Serbia and how. To answer the question, the author first looks at the historical circumstances that led to the creation and development of this institute. After that, the author analyzes the conditions for the application of this institute in the Republic of Serbia, including through a review of relevant legislation and case law, and tries to answer the question of whether it is present and to what extent. At the end the results of the analysis are presented and prospects for further development of this institute in the oil and gas economy of the Republic of Serbia.

Key words: good business practices, exploration and production of oil and gas, oil and gas economy, legal security, legal practice

Literatura

- Al-Najjar, Mohammed and Maniruzzaman, A. F. M., The Legal, Environmental and Social Prospects of the Term 'Good Oilfield Practice' within the Onshore Upstream Oil Industry: Law in the Making?, *OGEL 5 (2020) in Environmental, Social and Governance (ESG)*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3738485.
- Andrade M. M., „Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issues“, *Oil, Gas & Energy Law Journal*, No. 6, 2011.
- Babayev M. Y. M., „Azerbaijan's Oil History - A Chronology Leading up to the Soviet Era“, *Azerbaijan International*, Volume 10.2, 2002.
- Babić I., *Leksikon obligacionog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
- Cavaleri S. C., „The Validity of Knock-for-Knock Clauses in Comparative Perspective“, *European Review of Private Law*, Volume 26, Issue 1, 2018.
- Đukić S., *Vreme energije – Više od diplomatije*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Epstain A., „The Moral Defense of the Oil Industry“, <https://www.masterresource.org/energy-debate/energy-ethics-101/>.
- Flekovic P., „Oil and gas extraction in Yugoslavia“, *Nafta*, br. 35, Zagreb, 1984.
- How Does Core Analysis Work?, https://www.rigzone.com/training/insight.asp?insight_id=325&c_id=#:~:text=A%20core%20is%20a%20sample%20of%20rock%20in,These%20core%20plugs%20are%20then%20dried%20and%20measured.

- Kimberly A., „What are oil reserves?“ <https://www.thebalance.com/oil-reserves-definition-categories-world-s-largest-3305873>.
- Neuberger N., Meade R., „Knock-for-knock indemnities: risk allocation in offshore energy contracts, <https://bracewell.com/insights/knock-knock-indemnities-risk-allocation-offshore-energy-contracts>.
- Perović S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Perović S., „Pojam i primena dobrih poslovnih običaja“, *Pravni život*, br. 1, Beograd, 1982.
- Portal hrvatske tehničke baštine, <https://tehnika.lzmk.hr/busotine/>.
- Skopec A. R., „Proper Coring and Wellsite Core Handling Procedures: The First Step Toward Reliable Core Analysis“, *Journal of Petroleum Technology*, 1994.
- Vassiliou S. M., *Historical Dictionary of the Petroleum Industry*, Rowman & Littlefield, London, 2018.

PREGLEDNI RAD

BOJAN GRUJIĆ

OSNOVNI OBLICI UDRUŽIVANJA IZVOĐAČA U MEĐUNARODNOJ PRAKSI GRAĐENJA

Osnovne karakteristike svakog građevinskog poduhvata su složenost i postojanje mnogobrojnih rizika kojima su učesnici poduhvata izloženi. S jedne strane, nijedan učesnik u poslu građenja nije sposoban da samostalno izvrši sve radnje potrebne za izgradnju određenog objekta. S druge strane, građevinski poduhvati spadaju u grupu visokorizičnih poduhvata, te možemo reći da je postojanje rizika u toku izvršenja posla građenja neminovnost i da se samo postavlja pitanje ko će navedene rizike snositi. U želji da kompletno izvrše posao i budu plaćeni od strane naručioca ali i da ujedno svedu rizike koje će snositi na razumnu meru, učesnici građevinskih poduhvata se međusobno udružuju. Osnovne principe udruživanja učesnika građevinskih poduhvata autor je izložio na primeru izvođača, uz napomenu da se svi principi udruživanja izloženi u ovom radu mogu shodno primeniti i na udruživanja drugih učesnika građevinskih poduhvata (isporučioce, konsultante itd.). Zaključno, autor naglašava potrebu za detaljnim ugovaranjem u ovoj oblasti.

Ključne reči: složenost, podela rizika, udruživanje, ugovorni joint venture, podizvođački ugovor

UVODNE NAPOMENE

U savremenom svetu, osnovne karakteristike građevinskog poduhvata su *složenost i postojanje mnogobrojnih rizika* kojima su učesnici poduhvata izloženi. Složenost građevinskog poduhvata možemo razumeti na više načina. Prvo, nasuprot

Bojan Grujić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i pravni savetnik za ugovaranje u Energoprojekt Holding a.d. Beograd, e-mail: bojan111296@gmail.com.

tradicionalnom konceptu građenja, koji se zasnivao na odnosu naručilac – projektant – izvođač, gde se izvođač obavezivao samo da izvede određene radove prema izrađenom projektu, današnji (moderni) koncept građenja, pored izvođenja radova, sve češće uključuje i isporuku opreme, montažu i njeno puštanje u rad, kao i prenos tehnologije (*know-how*, patenti i slično).¹ Opisano „usložnjavanje“ građevinskog poduhvata se odnosi na *opseg posla građenja*, i nastupa kao posledica tehničkog i tehnološkog napretka. Drugo, za uspeh u građevinskom poduhvatu potrebno je da *veliki broj učesnika tokom dužeg perioda deluje u međusobnoj koordinaciji*. Kao jasna posledica gore opisanog usložnjavanja opsega posla nesumnjivo se povećavaju i broj učesnika i trajanje građevinskih poduhvata. Treće, usložnjavanje opsega građevinskog posla dovodi i do *potrebe za novim izvorima finansiranja*, te raste značaj banaka i drugih finansijskih institucija kao učesnika na građevinskim poduhvatima.

U ovako složenim poslovima rizici su neminovnost. Oni postoje i ne mogu se eliminisati, te se samo postavlja pitanje ko će ih snositi. Na građevinskim poduhvatima se formira tzv. piramida učesnika, koji međusobno zaključuju ugovore i time vrše raspodelu rizika u vezi sa izvršenjem posla. Logika i pravičnost nalažu da određeni rizik treba da snosi onaj koji je sposoban da njime upravlja (i time spreči njegovu realizaciju), odnosno da podnese materijalne posledice njegove realizacije (ako do nje dođe). Na građevinskim poduhvatima situacija je u potpunosti drugačija. Koristeći svoju pregovaračku poziciju, naručioci, već u stadijumu dodeljivanja posla, nastoje da većinu ili sve rizike u vezi sa izvršenjem posla prevale na ponuđače (npr. izvođače), koji te rizike pokušavaju dalje da prevale na „slabije učesnike“ u poslu, poput podizvođača koje angažuju („učesnici sa dna piramide“), ili da rizike snose zajednički sa drugim učesnicima u poslu. Posledica navedenog silaska rizika niz piramidu je konačno prevaljivanje rizika na najslabije učesnike (npr. podizvođače) koji često neće biti u mogućnosti da podnesu materijalne posledice nastupanja rizika u vezi sa poduhvatom.

Složenost i rizici koje nose građevinski poduhvati motivišu učesnike da se udružuju radi ispunjenja zajedničkog cilja – uspešnog sprovođenja građevinskog poduhvata. Najčešće, učesnici posla nemaju potrebno znanje, licence, „ljudstvo“, mehanizaciju i ostale preduslove da posao u celosti izvrše sami. Drugim rečima, prvi (i osnovni) motiv za udruživanje leži u *podeljenoj specijalizaciji učesnika građevinskog poduhvata*² – kako između različitih kategorija učesnika (izvođača, isporučilaca, konsultanata i ostalih), tako i unutar pojedinačne kategorije (npr. između izvođača koji su specijalizovani za različite vrste radova, između isporučilaca specijalne opreme ili između konsalting inženjera koji su specijalizovani za pružanje

¹ Detaljnije o osnovnim karakteristikama procesa građenja v. Branko Vukmir, *Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera*, Zagreb, 2009, 3-9.

² B. Vukmir, op. cit., 67.

određene vrste usluga). Drugi motiv za udruživanje je *podela/prevaljivanje rizika* koji u datom trenutku opterećuju konkretnog učesnika građevinskog poduhvata. Svi učesnici imaju zajednički cilj (interes) – uspešno izvršenje zajedničkog građevinskog poduhvata, koje će u krajnjem rezultatu doneti korist kako naručiocu, kroz dalje iskorišćavanje objekta i ubiranje plodova, tako i izvršiocima posla, kroz naknadu za izvršen posao.³ Da nema te „spojnice“ (zajedničkog interesa) između učesnika, udruživanja ne bi ni bilo. U daljem tekstu ovog rada autor će analizirati osnovne oblike udruživanja izvođača na građevinskim poduhvatima.⁴

AUTONOMIJA UDRUŽIVANJA I POJAVNI OBLICI „ZAJEDNICE“ IZVOĐAČA⁵

Autonomija udruživanja izvođača na građevinskim poduhvatima podrazumeva slobodu uspostavljanja raznih oblika poslovne ili statusne veze (saradnje)

³ Kada govorimo o velikim poduhvatima (projektima), osim naknade (cene) kao glavne satisfakcije za izvršen posao, izvršioci stiču i izvesnu satisfakciju u vidu „reference“ da su učestvovali u poduhvatu, što kasnije može biti značajno za učešće u nekom drugom poduhvatu.

⁴ Izvođači nisu jedini učesnici u poslu izgradnje koji se udružuju. Isto to mogu činiti i ostali izvršioci posla, koji su angažovani za potrebe određenog projekta izgradnje – isporučioци opreme, projektanti, stručni nadzor, davaoci tehnologije i drugi. *Osnovni principi udruživanja izvođača koji budu predstavljeni u ovom radu shodno se mogu primeniti i na udruživanja ostalih izvršilaca posla.*

⁵ Relevantni izvori prava: *lex generalis* u ovoj oblasti je svakako Zakon o obligacionim odnosima (*Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020, dalje: ZOO). Posebne norme o oblicima udruživanja izvođača sadrže Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama (*Sl. glasnik RS*, br. 88/2011, 15/2016 i 104/2016, u daljem tekstu: ZJPP), koji se odnosi na projekte javno-privatnog partnerstva i Zakon o javnim nabavkama (*Sl. glasnik RS*, br. 91/2019, u daljem tekstu: ZJN), koji se odnosi na poduhvate u kojima je naručilac država (čl. 3 i 4 ZJN-a). Važnu ulogu u ovoj oblasti imaju i kodifikovani običaji, kako na nacionalnom nivou (Posebne uzanse o građenju, *Sl. list SFRJ*, br. 18/77, u daljem tekstu: PUG), tako i na međunarodnom nivou. PUG se primenjuju kada ih ugovorne strane ugovore ili ako iz okolnosti slučaja proizlazi da su njihovu primenu htele (npr. u slučaju pravne praznine). Na međunarodnom nivou najveći doprinos uređivanju ove oblasti dala je Međunarodna organizacija konsalting inženjera (*eng. International Federation of Consulting Engineers*, u daljem tekstu: FIDIC) čija je glavna uloga stvaranje jedinstvenih standarda i prakse u oblasti građevinarstva i konsalting inženjeringa (Detaljnije o FIDIC-u i njegovoj ulozi v. kod Jovan Nikčević, „Primena međunarodnih opštih uslova o građenju na projektima u Srbiji“, *Branich – Advokatska komora Srbije* br. 1-4/2016, 57-60). U oblasti udruživanja izvođača na građevinskim poduhvatima, doprinos FIDIC-a se ogleda u sledećem. Prvo, u svojim *opštim uslovima* (tzv. FIDIC-ove knjige), kojima uređuju različite vidove saradnje između naručilaca i izvođača (npr. izvođenje radova po projektu koji je obezbedio naručilac, izvođenje radova po principu „ključ u ruke“ i dr.), pisci FIDIC-a uređuju osnovna pitanja u vezi sa udruživanjem, pre svega u kontekstu odnosa i odgovornosti prema naručiocu.

i proizlazi iz opšteg građanskopravnog načela *autonomije volje*.⁶ Dakle, izvođači su slobodni da se udružuju sve dok se time ne zadire u javni interes kroz povredu ili izigravanje zakona (zloupotrebu prava).⁷ Naručioци neretko podstiču udruživanje izvođača, uglavnom kroz tendersku dokumentaciju. Zašto? Udruživanje je u načelu pozitivan fenomen, koji uz brojne pozitivne strane nosi i izvesne rizike, među kojima se, kao najvažniji, izdvaja *rizik koordinacije*. Koristeći svoju (pregovaračku) poziciju, naručioци prevaljuju rizik koordinacije na izvođače, te koriste pozitivne strane udruživanja izvođača. Oni to čine na jedan od dva načina – uspostavljanjem odgovornosti jednog izvođača za rad svih izvršilaca koje je angažovao za izvršenje ugovorenog posla („odgovornost po vertikali“) ili ugovaranjem solidarne odgovornosti članova zajednice izvođača prema naručioци („odgovornost po horizontali“).⁸ Način prevaljivanja rizika koordinacije na izvođače zavisice od vrste udruživanja kojoj pribegavaju izvođači, o čemu će biti reči kasnije.

Kada govorimo o *pojavnim oblicima udruživanja izvođača*, možemo reći da poslovna praksa poznaje njihovu „široku lepezu“. Autor će izdvojiti osnovne karakteristike tih udruživanja, ali i osnovne forme u kojima se javljaju. Prva, ključna i opredeljujuća karakteristika je da se izvođači po pravilu udružuju na određeno vreme, za potrebe konkretnog poduhvata (*ad hoc* udruživanje). Drugim rečima,

I pored eventualnih razlika u formulacijama koje se mogu sresti u FIDIC-ovim knjigama (najčešće korišćene su tzv. „Crvena“, „Žuta“ i „Srebrna knjiga“), koncept uređivanja odnosa povodom udruživanja izvođača je, po pravilu, u svim knjigama isti. Drugim rečima, isti principi u pogledu udruživanja izvođača će se primenjivati nezavisno od „knjige“ koju ugovorne strane odaberu. Ako postoje specifičnosti u pogledu neke od „knjiga“, autor će nastojati da na to ukaže pažnju uu ovom radu. Drugo, FIDIC objavljuje *model ugovore* koji mogu biti korišćeni za uređivanje međusobnih odnosa učesnika, koji se udružuju na određenom poduhvatu.

⁶ Radovan Vukadinović, „Ograničenja slobode udruživanja privrednih subjekata – primer koncentracija u pravu EU“, *Pravo i privreda*, br. 5-8, Beograd, 2003, 712.

⁷ ZOO, čl. 10 i 13.

⁸ „Vertikalno“ prevaljivanje rizika koordinacije na izvođače ima dve varijante. Prva podrazumeva uvođenje sistema „glavnog izvođača“, koji podrazumeva da naručilac angažuje jednog izvođača i poverava mu stvaranje koncepcije celokupnog poduhvata, ali i njegovu realizaciju. Glavni izvođač svakako neće moći samostalno da izvrši posao u celini, već će morati da angažuje druge izvršioce, za čiji rad će odgovarati prema naručioци kao da ga je sam izvršio. Ovaj koncept nazivamo i konceptom „*ključ u ruke*“ (eng. *design build, turnkey*). Druga varijanta podrazumeva da naručilac u startu angažuje više izvršilaca posla, koje ćemo imenovati kao „prvostepene“ izvršioce (ugovarači posla, *Contractors*), budući da oni stoje u ugovornom odnosu sa naručiocem, ali odgovaraju za rad svih „drugostepenih“ izvršilaca (podugovarača, *Subcontractors*) koje su angažovali. Ovaj metod pravnog organizovanja građevinskog poduhvata nazivamo *metodom odvojenog ugovaranja*. Detaljnije, Miroslav Paunović, *Međunarodno poslovno udruživanje u oblasti izvođenja investicionih radova – ugovorno pravni aspekti*, Ljubljana, 1988, 10.

udruživanja izvođača na građevinskim poduhvatima su privremenog karaktera i vezana su za ispunjenje svrhe udruživanja. Imajući u vidu privremeni karakter udruživanja, postavlja se pitanje izbora forme udruživanja. Forme udruživanja kreću se od čisto ugovornog povezivanja bez statusnih elemenata, preko ugovornih oblika sa nekim statusnim elementima i sa manje ili više izraženom integracijom, pa sve do statusnih formi, koje zahtevaju registraciju. U građevinarstvu dominiraju ugovorne forme povezivanja i to povezivanja na osnovu *neimenovanih ugovora autonomnog trgovinskog prava*.⁹ Sa jedne strane, većinu ugovora kojima se udružuju izvođači je „iznedrila“ poslovna praksa i oni čine tzv. *autonomni trgovinski poredak (lex mercatoria)*. Sa druge strane, najvažnije osobenosti ovih instituta još uvek nisu usaglašene u teoriji te je, posledično, većina navedenih ugovora ostala neimenovana u najvećem broju pravnih sistema.

Među navedenim ugovornim formama povezivanja razlikujemo forme u kojima je element „zajedništva“ u pogledu podele odgovornosti i postizanja zajedničkog cilja izražen (tzv. „pravo udruživanje“) od onih formi u kojima je element „zajedništva“ prisutan u manjoj meri ili nije prisutan uopšte, već svako odgovara za svoje propuste i brine samo za postizanje sopstvenog cilja (tzv. „nepravo udruživanje“). U prvu grupu spadaju forme koje nalikuju građanskom ortakluku – zajednički poduhvat (*joint venture*), konzorcijum, „radna zajednica“ nemačkog, austrijskog i švajcarskog prava (*nem. Arbeitsgemeinschaft*), francuski *groupement d'entreprise* i trenutno udruženje belgijskog prava (*l'association momentanée*).¹⁰ U drugu grupu

⁹ Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 508.

¹⁰ „Formula“ udruživanja na osnovu neimenovanih ugovora autonomnog trgovinskog prava, kojima se ne stvara nov pravni subjekt, uobičajena je i u uporednom pravu. Najčešći vid „pravog“ udruživanja koji se sreće u praksi je tzv. zajednički poduhvat (*eng. joint venture*), koji predstavlja „anglosaksonsku formulu“ udruživanja bez osnivanja novog pravnog subjekta (tzv. *unincorporated grouping*). „Nemačka formula“ udruživanja izvođača bez osnivanja novog pravnog subjekta je tzv. „radna zajednica“ (*nem. Arbeitsgemeinschaft*), koja predstavlja svojevrsnu zajednicu izvođača oformljenu sa svrhom zajedničkog izvođenja radova na nekom objektu. Radna zajednica nemačkog prava (potencijalno) podrazumeva veće prisustvo korporativnih (statusnih) elemenata u odnosu na ugovorni *joint venture* (kapital, poslovno ime itd.), ali se svakako tretira kao društvo građanskog, a ne trgovačkog (kompanijskog) prava. „Francuska formula“ udruživanja (tzv. grupacija preduzeća, *fr. groupement d'entreprise*) je višestruko specifična. Naime, ovaj vid udruživanja podrazumeva samo poveravanje poslovođenja jednom društvu (društvu-pilotu), bez podele dobiti i gubitka između „partnera“. Ovdje zapravo ni nema partnerskog odnosa, već dva ili više društva zajedničkim nalogom imenuju „društvo-pilota“ da im vodi poslove u vezi sa poduhvatom. „Belgijsko“ trenutno društvo (*l'association momentanée*) je forma kod koje je zakonom (Belgijskim trgovačkim zakonom) utvrđena solidarna odgovornost članova društva prema naručiocu. Detaljnije o oblicima udruživanja izvođača u uporednom pravu, B. Vukmir, op. cit., 67-74, M. Paunović, op. cit., 66-67, M. Vasiljević, op.cit., 510-511.

možemo svrstati pre svega saradnju koja se ostvaruje na osnovu podizvođačkog ugovora (*subcontractor agreement*). Dve najčešće forme udruživanja izvođača na građevinskim poduhvatima u Srbiji, ali i u inostranstvu, su zajednički poduhvat (*joint venture*) u svojoj ugovornoj formi, kao manifestacija „pravog udruživanja“ i podizvođački ugovori, kao manifestacija „nepravog udruživanja“. Imajući u vidu kompleksnost ovih instituta, autor će izložiti samo osnovne ideje, premise na kojima počivaju navedeni instituti i time otvoriti prostor za eventualno dalje istraživanje na ovu temu.

UGOVORNI JOINT VENTURE (I/ILI KONZORCIJUM)

Pojam, pravna priroda i osnovne karakteristike ugovornog joint venture-a

Ugovorni *joint venture*¹¹ možemo definisati kao *privremenu ugovornu grupaciju bez pravnog subjektiviteta, formiranu od strane članova (partnera) radi izvršenja zajedničkog posla (poduhvata)*. Iz navedene definicije proizlaze dve suštinske karakteristike ugovornog *joint venture-a*. Prvo, u pitanju je privremena grupacija *bez pravnog subjektiviteta*, koja nastaje na osnovu ugovora (*joint venture agreement*). Drugo, postojanje grupacije vezano je za izvršenje konkretnog posla (*ad hoc* karakter). Dakle, po ostvarivanju svrhe (cilja) udruživanja prestaje i potreba za postojanjem grupacije. Koji su ciljevi koje izvođači žele da postignu kroz udruživanje u formi ugovornog *joint venture-a*? Za početak, po objavljivanju poziva za prikupljanje ponuda od strane naručioca, članovi nastoje da dobiju posao, te stupaju u ugovorni *joint venture* radi formulisanja zajedničke ponude, koja će obavezivati sve članove. Otuda, *pripremanje i davanje ponude za zaključenje ugovora* predstavlja prvu funkciju *joint venture-a*. Ako naručilac odabere zajedničku ponudu članova grupacije kao najpovoljniju i dodeli posao *joint venture-u*, konačni cilj kojem članovi teže je korist od (uspešno) izvršenog posla. Dakle, možemo reći da je druga funkcija *joint venture-a* *zaključenje i ispunjenje ugovora sa naručiocem*. Iz izloženog možemo zaključiti da ciljevi *joint venture-a* opredeljuju njegove funkcije.

¹¹ Termini „*joint venture*“ (koji se prevodi kao zajednički poduhvat) i „konzorcijum“ se u praksi često koriste kao sinonimi. Ipak, u domaćoj literaturi je izražen stav da je odnos između ugovornog *joint venture-a* i konzorcijuma zapravo odnos između opšteg i posebnog pojma, odnosno da je konzorcijum poseban oblik ugovornog *joint venture-a*, čija se *differentia specifica* ogleda u *postojanju odgovarajuće organizacione strukture*. V. Vladimir Stojiljković, *Ugovor o konzorcijumu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, 17 i 25.

Nastao kao „plod“ poslovne prakse, ugovorni *joint venture* predstavlja čestu formu udruživanja (povezivanja) učesnika na građevinskim poduhvatima. Međutim, fundamentalne karakteristike ovog pravnog oblika još uvek nisu usaglašene u teoriji, te je ostao neimenovan u većini pravnih sistema, u koje ubrajamo i naš pravni sistem.¹² Nepostojanje detaljnije zakonske regulative o ugovornom *joint venture*-u povlači za sobom brojne posledice, kako pozitivne, tako i negativne. Sa jedne strane, prilikom ugovaranja *joint venture*-a, članovi imaju izuzetno široko postavljenu slobodu ugovaranja, tako da se mogu sporazumeti o najraznovrsnijim oblicima prestacija i na taj način prilagoditi međusobna prava i obaveze specifičnostima konkretnog slučaja (poduhvata, projekta).¹³ Ovo je posebno važna karakteristika ugovornog *joint venture*-a, budući da svaki građevinski poduhvat nosi sa sobom niz specifičnosti, kojima treba prilagoditi i sadržinu ugovora. Samim tim, praksa je iznedrila različite varijacije ugovornog *joint venture*-a, koje se kreću od „čiste“ ugovorne kooperacije sa prostom podelom posla između ugovornika, bez uspostavljanja ikakve organizacione strukture i jedinstva imovine (tzv. „labavo grupisanje/povezivanje“, *joint venture* sa prostom podelom posla, *eng. loose grouping*) do ugovorne kooperacije kojom se uspostavlja neki vid „organizacije“ bez svojstva pravnog lica, sa više ili manje izraženom organizacionom strukturom i jedinstvom imovine (integrisano grupisanje/povezivanje, *eng. risk and profit sharing association*).¹⁴ S druge strane, međutim, u vezi sa *joint venture*-om (kao neimenovanim ugovorom) se postavlja pitanje pod koju pravnu normu treba podvesti činjenično stanje koje nastane u vezi sa grupacijom, a nije uređeno ugovorom (*pitanje pravne prirode*).¹⁵

¹² Ugovorni *joint venture* i ugovor o konzorcijumu (kao njegov poseban oblik) nisu potpuna nepoznanica u srpskom pravu. Međutim, ZJPP (videti posebno član 16, koji reguliše neka pitanja u vezi sa konzorcijumom) i ZJN (pod nazivom „grupa ponuđača“) samo pominju *joint venture* i konzorcijum u kontekstu materije koju uređuju, a da pritom ne utvrđuju osnovne karakteristike ovih oblika udruživanja. Nasuprot tome, primera radi, u Italiji je ugovor o konzorcijumu zakonski uređen (imenovan), formalan, sa dispozitivno određenom dužinom trajanja (10 godina). V. Italijanski građanski zakonik (u daljem tekstu: „IGZ“), knjiga V, čl. 2602-2620 i Ljubiša Dabić, „Ugovorne grupacije malih i srednjih preduzeća“, *Pravo i privreda* br. 5-8, Beograd, 2007, 142.

¹³ Oliver Antić, „Imenovani i neimenovani ugovori u savremenom obligacionom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1-2, Beograd, 2004, 84.

¹⁴ M. Paunović, *op. cit.*, 71.

¹⁵ Ostvarivanje saradnje u formi ugovornog *joint venture*-a podrazumeva udruživanje učesnika s obzirom na njihova lična svojstva, gde svaki od njih daje svoj *doprinos izvršenju zajedničkog posla*, kako bi u krajnjem ishodu učestvovao u dobiti ostvarenoj uspešnim okončanjem posla, u ugovorenom procentu. Znači, elementi koji čine suštinu ovakve saradnje su 1. *zajednički posao* (zajednički poduhvat); 2. volja za udruživanjem (*affectio societatis*); 3. lična svojstva ugovornika

Sadržina joint venture ugovora

Nepostojanje zakonske regulative i teškoće prilikom utvrđivanja pravne prirode ugovornog *joint venture*-a vode pravnoj nesigurnosti, te se javlja potreba za detaljnim ugovaranjem. Dakle, za razliku od imenovanih ugovora (npr. ugovora o prodaji, ugovora o građenju itd.), koji su predmet zakonske regulative, *joint venture* ugovorom je potrebno urediti sva relevantna pitanja – svrhu udruživanja, podelu posla, međusobnu odgovornost članova grupacije, određivanje vodećeg člana (lidera grupacije)¹⁶ i eventualno drugih organa *joint venture*-a, pitanja u vezi sredstava

(npr. licence kojima raspolažu); 4. *doprinos* izvršenju zajedničkog posla i 5. *korist* od uspešno izvršenog posla, kao krajnji cilj i kauza udruživanja. Bitni elementi i suštinske karakteristike ovog pravnog oblika u velikoj meri podsećaju na *ugovor o građanskom ortakluku*, koji nije zakonski uređen u našem pravu, te se za popunjavanje pravne praznine koriste predratna pravna pravila. Očigledna potreba za uređivanjem ugovora o ortakluku i aktivnosti zemalja u okruženju na tom planu (Hrvatska, Slovenija, Makedonija i Crna Gora) doveli su do uvrščivanja ugovora o ortakluku u Prednacrt Građanskog zakonika Srbije (čl. 845-883), koji sadrži i *pravilo o shodnoj primeni pravila o ugovoru o ortakluku na sva udruženja bez svojstva pravnog lica* (čl. 51). Detaljnije o pravnoj prirodi ugovornog *joint venture*-a, B. Vukmir, op. cit., 68; M. Vasiljević, op. cit., 514; Nebojša Jovanović, Vuk Radović, Mirjana Radović, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Prvo izdanje, Beograd, 2020, 36-53; Ljubiša Dabić, „Poslovođenje ortaklukom i njegovo zastupanje (upravljanje ortaklukom)“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2015, 762-783.

¹⁶ Član sa najvećim učešćem u ugovornom *joint venture*-u će, po pravilu, biti i njegov lider (vodeći član, „društvo-pilot“, *leader*). Iako je teorijski moguće da *joint venture* nema lidera, u praksi će se to retko dešavati iz nekoliko razloga, koje možemo podeliti u dve grupe. Prvu grupu čine razlozi koji se tiču *spoljnog delovanja grupacije*, odnosno nastupanja u odnosima sa naručiocem i trećim licima. Kao što smo već istakli, ugovorni *joint venture* je grupacija *bez pravnog subjektiviteta*, što znači da ne može samostalno istupati u pravnom prometu, te da njeni članovi u potpunosti zadržavaju svoj poslovni subjektivitet. Ovo može stvoriti određene poteškoće za naručioca, koji će se naći u situaciji da komunikaciju, plaćanja i ostale radnje vrši sa svim članovima grupacije. Kako bi izbegli navedenu situaciju, naručioci već u fazi ugovaranja ističu *zahtev da komuniciraju sa jednim članom* („opštim punomoćnikom“) grupacije, kao njenim liderom. FIDIC-ovi opšti uslovi ugovora takođe predviđaju *obavezu imenovanja lidera* (član 1.14, u „Srebrnoj knjizi“ iz 2017. u članu 1.13). Osim poslova zastupanja u odnosu sa naručiocem, lideru se, uglavnom, poveravaju i *poslovi predstavljanja u odnosima sa trećim licima*. Drugu grupu čine *razlozi delovanja unutar grupacije*. Osim u izuzetnim situacijama (uglavnom kod integrisanog grupisanja), ugovorni *joint venture* neće imati posebne organe upravljanja, te se postavlja *pitanje koordinacije aktivnosti članova grupacije*. Ovi poslovi se, po pravilu, poveravaju lideru grupacije i podrazumevaju kako koordinaciju u tehničkom smislu (npr. usklađivanje planova članova grupacije), tako i u administrativnom smislu (npr. pribavljanje sredstava obezbeđenja). Ugovorom se često predviđa da će za izvršenje navedenih poslova lideru pripasti i određena naknada (*leadership fee*). *Summa summarum*, suština odnosa između lidera i ostalih članova grupacije je da *lider obavlja određene poslove za račun ostalih članova i za to prima određenu naknadu*. Imajući u vidu da ovakav odnos u velikoj meri odgovara i nalikuje odnosu iz ugovora o nalogu, na sva pitanja u vezi sa navedenim

obezbeđenja, poverljivost informacija, trajanje i raskid ugovora, merodavno pravo, rešavanje sporova i sva ostala pitanja koja je potrebno urediti u konkretnom slučaju. Pri uređivanju međusobnih odnosa, članovima grupacije se preporučuje da koriste opšte uslove, model ugovore i vodiče brojnih međunarodnih organizacija (npr. FIDIC).¹⁷

Sadržina *joint venture* ugovora zavisice od okolnosti konkretnog slučaja, a pre svega od *prirode povezivanja* (varijante *joint venture-a*), *faze građevinskog poduhvata* i, naravno, *svrhe udruživanja*.¹⁸ Prvo, kao što smo već konstatovali, varijacije *joint venture-a* kreću se od grupacije sa prostom podelom posla, koja podrazumeva nizak stepen integracije između učesnika, pa sve do integrisanih grupacija, koje podrazumevaju neki vid organizacije bez svojstva pravnog lica, budući da imaju određenu organizacionu strukturu i više ili manje izraženo jedinstvo imovine. Detaljnije ugovaranje svakako zahteva integrisano grupisanje, budući da članovi grupacije moraju urediti i pitanja koja se neće postaviti kod grupacije za prostom podelom posla (*tzv. kvazikorporativna pitanja*).¹⁹ Drugo, sadržina (i vrsta) *joint venture* ugovora zavisice od faze građevinskog poduhvata u kome dolazi do udruživanja – da li je to faza pretkvalifikacije (ako se organizuje), faza izrade ponude ili faza ugovaranja sa naručiocem? Po pravilu, članovi grupacije uobličavaju svoje odnose u vezi sa udruživanjem kroz dva ugovora: *pre-bid* (preliminarni, prethodni) *joint venture agreement* i konačni *joint venture agreement*. Prethodni *joint venture agreement*, koji je suštinski posmatrano *predugovor*, se zaključuje radi formulisanja zajedničke ponude (otuda dodatak *pre-bid*) naručiocu i njime se uređuju osnovna pitanja u vezi sa udruživanjem, dok se detaljnije uređivanje odnosa između članova grupacije, u vezi sa zajedničkim poduhvatom, vrši konačnim ugovorom, po dobijanju posla. Najzad, poslednji i najvažniji faktor koji utiče na sadržinu *joint venture agreement-a* je svrha udruživanja, odnosno posao na kome članovi grupacije ostvaruju saradnju (izvođenje radova, pružanje usluga, isporuka itd.).

odnosom, koja nisu uređena *joint venture* ugovorom, mogu se shodno primeniti odgovarajuće norme Zakona o obligacionim odnosima koje uređuju ugovor o nalogu (čl. 749-770). Ova teza je potvrđena u domaćoj literaturi i uporednom pravu (npr. u italijanskom, v. IGZ, čl. 2608). Detaljnije, M. Vasiljević, op. cit., 513; M. Paunović, op. cit., 124-133; Vladimir Stojiljković, „Pravna priroda odnosa vodećeg preduzeća i preduzeća članica konzorcijuma“, *Pravo i privreda*, br. 3-6, Beograd, 1995, 426.

¹⁷ U materiji uređivanja odnosa u vezi sa *joint venture*-om veliki značaj imaju FIDIC-ovi model ugovori (poslednje izdanje je iz 2017. godine). V. FIDIC, *Model Joint Venture (Consortium) Agreement*, 2nd Edition (2017).

¹⁸ M. Paunović, op. cit., 79.

¹⁹ To će, primera radi, biti pitanja u vezi sa organima grupe, raspodele zajedničke dobiti, podele zajedničkih troškova, formiranja posebnih fondova/rezervi, izrade bilansa grupe i sličnog.

Odgovornost za preuzete obaveze

Kao što smo već rekli, ugovorni *joint venture* nije poseban subjekt prava, te, pre svega, možemo govoriti o odgovornosti njegovih članova, a samo izuzetno o odvojenoj odgovornosti grupacije.²⁰ Odgovornost članova grupacije možemo sagledati iz tri ugla – prema naručiocu, prema trećim licima i između članova grupacije međusobno. Prvo, *odgovornost članova grupacije prema naručiocu* je, gotovo bez izuzetka, solidarna.²¹ Već u stadijumu ugovaranja posla, naručioci koriste svoju pregovaračku poziciju u odnosu na ponuđače (npr. izvođače) i nameću im solidarnu odgovornost.²² Na ovaj način naručioci omogućavaju sebi znatno sigurniju naplatu (namirenje) svih potraživanja prema članovima grupacije i istovremeno se oslobađaju tereta procene koji član je zaista odgovoran za kršenje obaveza iz ugovora o građenju, te se rešavanje ovog pitanja time prebacuje na članove grupacije. Drugo, *odgovornost prema trećim licima* zavisi od toga da li su treća lica u ugovornom odnosu sa članovima grupacije ili nisu. Ako jesu (npr. podizvođači), članovi odgovaraju po pravilima o ugovornoj odgovornosti, koja mogu biti pooštrena ili ublažena ugovorom.²³ U praksi je uobičajeno rešenje prema kome

²⁰ Sud može rešenjem, koje ima dejstvo u konkretnoj parnici, priznati ugovornom *joint venture*-u svojstvo stranke u parničnom postupku, ako utvrdi da, s obzirom na predmet spora, ispunjava bitne uslove za sticanje stranačke sposobnosti, a naročito ako raspolaže imovinom na kojoj se može sprovesti izvršenje. (*stranačka sposobnost*). V. Zakon o parničnom postupku (*Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020), čl. 74, st. 4; *Sudska praksa*: Stav Privrednog apelacionog suda je da raspolaganje imovinom na kojoj se može sprovesti izvršenje jeste razlog zbog koga se može priznati stranačka sposobnost nekom obliku organizovanja (npr. *joint venture*-u), ali nikako nije uslov bez koga se to može učiniti (Rešenje Privrednog apelacionog suda oznake Pž. 43/2021 od 10.2.2021. godine) – iz obrazloženja: „ (...) *Prvostepeni sud obrazložio da tuženi poseduje samo račun kako bi mogao da posluje ali da to ne znači da ima imovinu iz koje bi se tužilac mogao namiriti, ali zanemaruje da iz poslovanja mogu proisteći prihodi koji svakako predstavljaju imovinu, kao što zanemaruje i činjenicu da je uobičajeno da se stanje na računima pravnih lica svakodnevno pa iz časa u čas menja upravo usled poslovnih transakcija.*“

²¹ Režim solidarne odgovornosti članova grupacije ZOO usvaja u članu 640, st. 3, koji reguliše sprovođenje građevinskog poduhvata po principu „ključ u ruke“. Međutim, u praksi se solidarna odgovornost članova grupacije, gotovo bez izuzetka, javlja i kod ostalih metoda sprovođenja građevinskog poduhvata. Solidarnu odgovornost članova *joint venture*-a predviđaju i ZJN (član 130, st. 2) i FIDIC-ovi opšti uslovi ugovora (član 1.14., u „Srebrnoj knjizi“ iz 2017. godine u članu 1.13.). ZJPP, primera radi, propisuje da najmanje jedan član konzorcijuma mora biti neograničeno odgovoran za ispunjenje obaveza iz ugovora sa naručiocem (čl. 16, st. 7).

²² Osim toga, ZOO (čl. 413) postavlja (dispozitivno) *pravilo o solidarnoj odgovornosti dužnika deljive obaveze nastale iz ugovora u privredi*, čime se odstupa od opšteg pravila da dužnici deljive obaveze odgovaraju podeljeno, svaki za svoj deo posla (obaveze).

²³ ZOO, čl. 264-265.

svaki član odgovara za svoje saradnike (pomoćnike), dok će samo u izuzetnim slučajevima, uglavnom kod integrisanih grupacija, članovi odgovarati solidarno.²⁴ Ako treća lica nisu u ugovornom odnosu sa članovima grupacije i ako ni na koji način ne učestvuju u građevinskom poduhvatu (npr. stanari susednih objekata), članovi grupacije odgovaraju po pravilima o vanugovornoj odgovornosti i to solidarno.²⁵ Najzad, *međusobna odgovornost članova* je isključivo u domenu slobode ugovaranja članova grupacije. Uređivanje pitanja međusobne odgovornosti predstavlja, uz uređivanje pitanja podele posla, najvažnije pitanje koje je potrebno uređiti *joint venture* ugovorom. Polazni stav kod procene međusobne odgovornosti je svakako da svaki član odgovara za svoje radnje i propuste. Ako je više članova doprinelo nastanku štete, članovi odgovaraju srazmerno svom doprinosu nastanku štete. Ako se ne može utvrditi koji član je odgovoran za nastanak štete, članovi odgovaraju srazmerno svom učešću u poslu.²⁶

PODIZVOĐAČKI UGOVOR

Pojam i pravna priroda podizvođačkog ugovora

Podizvođački ugovor predstavlja neimenovani ugovor autonomnog trgovinskog prava kojim izvođač radova poverava drugom licu (podizvođaču) izvođenje dela *svojih* radova po ugovoru koji ima sa naručiocem (tzv. osnovni, „krovni“ ugovor). Na ovaj način uspostavlja se odnos između izvođača i podizvođača, koji je u potpunosti pravno odvojen od odnosa koji naručilac i izvođač imaju po osnovnom ugovoru, bez obzira na činjenicu da predmet podizvođačkog ugovora čini posao (izvođenje radova, pružanje usluga, isporuka i sl.), koji je obuhvaćen i osnovnim

²⁴ M. Paunović, op. cit., 104.

²⁵ ZOO, čl. 207: „Naručilac i izvođač radova na nepokretnosti solidarno odgovaraju trećem licu za štetu koja mu nastane u vezi sa izvođenjem tih radova.“ Tekst citiranog člana ZOO-a nesumnjivo je pisan sa idejom *zaštite trećeg lica*, u smislu da se treće lice u potpunosti oslobađa tereta procene, koji učesnik je u kojoj meri doprineo nastanku štete, te da može tužiti bilo naručioca, bilo izvođača za naknadu pretrpljene štete. Sledeći ovu logiku, ako je na strani izvođača nastupalo više lica u formi određene privremene grupacije za izvršenje posla (*joint venture*, konzorcijum), treće lice može tužiti bilo koga od njih za naknadu nastale štete. Navedeno pravilo ne možemo shodno primeniti na udruživanja ostalih učesnika građevinskog poduhvata (npr. projekatata), jer se odnosi samo na naručioca i izvođača.

²⁶ Ako članovi propuste da uredi pitanje međusobne odgovornosti, na procenu ispunjenja pojedinih obaveza iz posla sa naručiocem *shodno* se mogu primeniti norme pojedinih imenovanih ugovora, pod uslovom da su te obaveze inače predmet tih imenovanih ugovora (npr. ugovora o prodaji, građenju, delu, licenci i sl.). Detaljnije, M. Paunović, op. cit., 63.

ugovorom. Pravna odvojenost odnosa iz podizvođačkog i osnovnog ugovora podignuta je na nivo principa u pravu građenja (tzv. *princip nepostojanja pravne veze*).²⁷

Osnovna načela povezivanja (udruživanja) kroz ugovaranje sa podizvođačima se u potpunosti razlikuju u odnosu na ugovorni *joint venture*. Prvo, ugovorni *joint venture* karakteriše element „zajedništva“, budući da članovi grupacije ugovornom tehnikom vrše podjelu rizika i odgovornosti („pravo udruživanje“). Nasuprot tome, podizvođačkim ugovorom izvođač nastoji da poveri izvođenje dela svojih radova trećem licu (podizvođaču), pod istim onim uslovima pod kojima je njemu radove poverio naručilac. Drugim rečima, izvođač nastoji da na podizvođača prevali sve (ili većinu) rizika koje je preuzeo osnovnim ugovorom („nepravo udruživanje“). Drugo, različita pravna logika ova dva instituta povlači za sobom i razlikovanje u pravnoj prirodi. Ocenu pravne prirode podizvođačkog ugovora možemo dati s obzirom na: 1) predmet ugovora i 2) pravni značaj akta poveravanja radova za odnos između naručioca i izvođača. S obzirom na predmet ugovora, možemo reći da pravna priroda podizvođačkog ugovora u velikoj meri zavisi od pravne prirode osnovnog ugovora. Ovakav stav proizlazi iz činjenice da se podizvođaču poverava posao (radovi, isporuka, usluge itd.) koji ujedno figurira kao deo posla po osnovnom ugovoru. S obzirom na pravni značaj koji akt poveravanja radova ima za odnos između naručioca i izvođača, možemo reći da podizvođački ugovor u velikoj meri nalikuje *preuzimanju ispunjenja*, kao opštem institutu obligacionog prava. Preuzimanje ispunjenja se vrši ugovorom između dužnika (izvođača) i trećeg lica (podizvođača) kojim se treće lice obavezuje prema dužniku da ispuni njegovu obavezu (iz ugovora o građenju) prema njegovom poveriocu (naručiocu). Jako je važno napomenuti da tom prilikom treće lice (podizvođač) niti preuzima dužnikov dug (izvođačevu obavezu po osnovnom ugovoru), niti pristupa dugu, te poverilac (naručilac) ne stiče nikakva prava njemu.²⁸

Pravna (ne)uređenost podizvođačkih ugovora

Podizvođački ugovori su nastali kao plod poslovne prakse (tzv. *lex mercatoria*) i građanski zakonici im, po pravilu,²⁹ pružaju neznatnu pažnju, uglavnom

²⁷ B. Vukmir, op. cit., 88.

²⁸ ZOO, čl. 453. Englesko pravo, primera radi, poznaje institut *vicarious performance*, koji u velikoj meri nalikuje preuzimanju ispunjenja, koje definiše naš Zakon o obligacionim odnosima. Zajednička karakteristika ova dva instituta je da ni u jednom slučaju ne dolazi ni do kakvog prenosa prava i obaveza iz osnovnog odnosa (*assignment*). Za englesko pravo v. Michael O'Reilly, *Civil engineering construction contracts*, Second Edition, London, 1999, 69-71; B. Vukmir, op. cit., 81.

²⁹ Postoje, međutim, i zakoni(ci) koji imenuju podizvođačke ugovore. Primera radi, Francuska je donela poseban zakon o podugovaranju (br. 75-1334). Ruska Federacija (čl. 706) i neke arapske zemlje

samo kroz shodnu primenu opštih instituta obligacionog prava (npr. preuzimanja ispunjenja) i odgovarajućih odredaba posvećenih ugovoru o delu, koje se tiču poveravanja posla trećem licu.³⁰ Ovakav pristup, između ostalih, usvaja i naš Zakon o obligacionim odnosima.³¹ Pored ZOO-a, ustupanjem radova trećim licima bave se i Posebne uzanse o građenju.³² ZOO i PUG uređuju samo osnovne principe na kojima počiva koncept ugovaranja sa podizvođačima (princip nepostojanja pravne veze, pitanja izbora podizvođača i odgovornosti za njihov rad, kao i pitanje direktnog zahteva podizvođača prema naručiocu), te se ugovornim stranama savetuje da detaljno uredi međusobne odnose podizvođačkim ugovorom. U odsustvu modernih opštih uslova na nacionalnom nivou, u Srbiji se često ugovaraju FIDIC-ovi opšti uslovi ugovora, koji na specifičan način uređuju koncept ugovaranja sa podizvođačima. Pored opštih uslova, FIDIC je objavio i modele podizvođačkih ugovora.³³ Autor će u nastavku rada najpre pokušati da objasni osnove koncepta ugovaranja sa podizvođačima, a potom će biti reči o sadržini podizvođačkih ugovora.

Koncept ugovaranja sa podizvođačima – ko ih bira i ko odgovara za njihov rad

Koncept ugovaranja sa podizvođačima zasnovan je na ideji da izvođač poverava podizvođačima izvršenje dela posla koji je njemu poverio naručilac, a da pritom odgovara naručiocu za celinu ugovorenog posla, kao da ga je sam izvršio. Drugim rečima, osnovna ideja je da izvođač bira podizvođače i odgovara za njihov rad, uz minimalno mešanje naručioca.³⁴ I dok su u pogledu odgovornosti izvođača

(Katar, UAE, Jordan i Bahrein) su takođe imenovali podizvođačke ugovore svojim građanskim zakonima. V. detaljnije Axel-Volkmar Jaeger, Götz-Sebastian Hök, *FIDIC – A Guide for Practitioners*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, 26 i članak na internet adresi: <https://www.dr-hoek.com/legal-information/commercial-law/the-fidic-subcontract-for-works>.

³⁰ Ovakva tehnika uređivanja podizvođačkih ugovora usvojena je, primera radi, u nemačkom, austrijskom pravu. O tehnici uređivanja podizvođačkih ugovora (i ugovora o građenju u celini) u uporednom pravu v. B. Vukmir, op. cit., 35-37.

³¹ ZOO, čl. 453 (koji reguliše preuzimanje ispunjenja), čl. 610-612 (koji regulišu poveravanje posla trećem licu, a u vezi sa zaključenim ugovorom o delu).

³² PUG, čl. 48-50 (odeljak VIII).

³³ FIDIC je objavio modele podugovora za radove koji se izvode u skladu sa principima „Crvene knjige“ („*Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer*“ iz 2011. godine) i „Žute knjige“ („*Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build*“ iz 2019. godine), odnosno za usluge konsalting inženjeringa, koje se pružaju u skladu sa principima „Bele knjige“ („*Sub-consultancy Agreement*“ iz 2017. godine).

³⁴ Ovakav koncept usvaja i naš Zakon o obligacionim odnosima (čl. 610, 611).

za rad svih podizvođača rešenja u uporednom pravu i međunarodnoj praksi građenja relativno usklađena,³⁵ po pitanju slobode izvođača da angažuje podizvođače (*slobode podugovaranja*) rešenja variraju, te srećemo različite pristupe nacionalnih prava i ugovaranja različitih ograničenja u osnovnim ugovorima između naručilaca i izvođača.

Zakon o obligacionim odnosima propisuje da izvođač („poslenik“) nije dužan da obavi posao lično, osim ako iz ugovora ili prirode posla ne proizlazi što drugo.³⁶ Ovakav režim se, u poređenju sa rešenjima sadržanim u FIDIC-ovim opštim uslovima i uporednom pravu, čini dosta liberalnim. Prvo, izvođač će imati potpunu slobodu izbora *da li će deo posla poveriti podizvođaču ili neće (sloboda podugovaranja)*. Dakle, po slovu ZOO-a, podugovaranje će biti dozvoljeno i bez saglasnosti naručilaca, u svim onim slučajevima u kojima izvršenje ugovorenog posla nije vezano za ličnost izvođača (*intuitu personae*).³⁷ Nasuprot ZOO-u, koji usvaja *sistem slobodnog ustupanja ugovorenog posla trećem licu* (podizvođaču), stoje rešenja sadržana u FIDIC-ovim opštim uslovima³⁸ (osim u tzv. „Srebrnoj knjizi“)³⁹

³⁵ ZOO, čl. 611; PUG, čl. 50; ZJN, čl. 131, st. 7; FIDIC-ovi opšti uslovi, čl. 4.4. (u „Crvenoj knjizi“ iz 2017. godine u članu 5.1.); Odgovornost izvođača za radnje angažovanih podizvođača predstavlja pojavni oblik odgovornosti za drugog. Budući da je reč o *odgovornosti za rad drugog*, a ne samo za njegov izbor (*culpa in eligendo*), davanje uputstava (*culpa in diligendo* i *culpa in instruendo*) ili nadziranje njegovog rada (*culpa in viligendo*), izvođač će odgovarati po pravilima o objektivnoj odgovornosti. Posledično, izvođač neće moći da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da je postupao ispravno pri izboru, davanju uputstava i vršenju nadzora nad radom podizvođača. Koncept objektivne odgovornosti izvođača za rad angažovanih podizvođača je usvojen i u uporednom pravu (nemačkom, austrijskom, švajcarskom, ruskom itd.), kao i u FIDIC-ovim opštim uslovima. Detaljnije o osnovu odgovornosti izvođača za rad podizvođača koje je angažovao (samostalno ili po nalogu naručilaca) v. Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, *FIDIC Contracts – Law and Practice*, Routledge – Taylor and Francis Group, Fifth Edition, London, 2009, 130; Nebojša Jovanović, „Odgovornost plovidbenog prevozioca robe za radnje svojih pomoćnika“, *Pravo i privreda*, br. 3-4, Beograd, 2000, 50-52; Ilija Babić, „Odgovornost dužnika za radnje pomoćnika“, *Pravo i privreda*, br. 7-9, Beograd, 2017, 43-57.

³⁶ ZOO, čl. 610, st. 1. Ovakvo rešenje usvajaju i PUG (čl. 48).

³⁷ Slično rešenje sadrže, primera radi, ruski Građanski zakonik (čl. 706, st. 1) i Građanski zakonici Katara (čl. 701, st. 1), UAE (čl. 890, čl. 1), Jordana (čl. 798, st. 1) i Bahreina (čl. 604, st. 1).

³⁸ FIDIC-ovi opšti uslovi, čl. 4.4. (u „Crvenoj knjizi“ iz 2017., u članu 5.1.); Navedeni član FIDIC-ovih opštih uslova kaže „*the prior consent of the Engineer shall be obtained...*“; Kako bismo otклонili bilo kakve nedoumice, inženjer je agent naručilaca, koji u odnosima sa izvođačem deluje u ime i za račun naručilaca. Dakle, inženjer daje saglasnost na izbor podizvođača, ali pravne i ekonomske posledice date saglasnosti pogađaju naručilaca.

³⁹ „Srebrna knjiga“ (izdanja iz 1999. i 2017. godine, čl. 4.4.), koja uređuje izvršenje posla po principu „ključ u ruke“, usvaja *sistem slobodnog ustupanja radova podizvođačima uz obavezu obaveštavanja naručilaca, ako je to predviđeno posebnim uslovima ugovora* („Where specified in Particular

i u uporednom pravu (npr. nemačkom⁴⁰ i italijanskom⁴¹) koja usvajaju *sistem saglasnosti naručioca*.⁴² Dakle, na poduhvatima u Srbiji na kojima se ugovara primena FIDIC-ovih opštih uslova izvođač će biti u obavezi da pribavlja saglasnost naručioca za angažovanje podizvođača.

Drugo, prema ZOO-u (i Posebnim uzansama o građenju), izvođač je slobodan u izboru *sa kim će podugovarati*. Dakle, podizvođače bira izvođač, bez saglasnosti naručioca.⁴³ Ovakvo rešenje se, na prvi pogled, čini logičnim, budući da je pitanje izbora podizvođača pre svega značajno za izvođača koji odgovara naručiocu za celinu posla, kao da ga je sam izvršio. Međutim, ovakvo rešenje ujedno i implicira da je podizvođački ugovor za naručioca *res inter alios acta*, odnosno da ga se odnosi koji se uspostavljaju između izvođača i podizvođača ne tiču, što nije u potpunosti tačno. Samim tim, i pored odgovornosti glavnog izvođača, naručiocu se često mešaju u odnose izvođača i podizvođača učešćem u izboru podizvođača kome će biti poveren posao. Učešće naručioca u izboru podizvođača može se manifestovati na različite načine, koje možemo podeliti u dve grupe. Prvu grupu čine slučajevi u kojima izbor podizvođača i dalje (slobodno) vrši izvođač, ali je dužan da u vezi sa tim obavesti naručioca ili da traži njegovu saglasnost. Sistem saglasnosti naručioca za izbor podizvođača usvajaju FIDIC-ovi opšti uslovi (sa izuzetkom

Conditions, the Contractor shall give the Employer ... notice of...). Kako ne bi došlo do zabune, treba istaći da po „Srebrnoj knjizi“ glavni izvođač preuzima punu odgovornost za projekat i izvođenje radova, te da nema potrebe za angažovanjem FIDIC inženjera (*Engineer*), koji figurira kao učesnik u poduhvatu i po „Crvenoj“ i po „Žutoj“ FIDIC-ovoj knjizi. Imajući u vidu široko postavljenu odgovornost i nadzor koji glavni izvođač vrši nad izvođenjem radova podizvođača, naručiocu će po pravilu biti daleko više zainteresovani za učešće u izboru isporučilaca opreme, nego u izboru podizvođača. V. B. Vukmir, op. cit., 82; M. Paunović, op. cit., 34.

⁴⁰ VOB/B (nem. *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*), čl. 4.8; Nemačko pravo uređuje podizvođačke ugovore (i ugovor o građenju uopšte) *tehnikom opštih uslova*, koji su postali standard u oblasti ugovaranja na građevinskim poduhvatima u Nemačkoj. Nemački građanski zakonik (nem. *Bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno: BGB) do 2018. godine nije posebno uređivao ugovor o građenju (nem. *Bauvertrag*), već su se na odnose iz ugovora o građenju samo shodno primenjivale odredbe koje se odnose na ugovor o delu. V. *VOB/B 2016 – Textausgabe/Text Edition*, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, 2016, 30.

⁴¹ IGZ, knjiga IV – „Obligacije“, čl. 1656.

⁴² M. Vasiljević, op. cit., 509, B. Vukmir, op. cit., 81. Primera radi, francuski Zakon o podugovaranju (čl. 3) sadrži (imperativnu) normu prema kojoj je izvođač u obavezi da traži *saglasnost naručioca za ličnost podizvođača i za uslove plaćanja u podizvođačkom ugovoru*. Švajcarski zakonik o obligacijama (čl. 364, st. 2) propisuje da je izvođač *dužan da izvede radove lično ili da radovi budu izvedeni pod njegovim ličnim nadzorom*, osim ako je priroda posla takva da njegovo lično učešće nije nužno.

⁴³ ZOO, čl. 610, st. 1; PUG, čl. 49.

„Srebrne knjige“).⁴⁴ Drugu grupu slučajeva čine situacije u kojima naručilac nalaže izvođaču da određeni deo posla poveri tačno određenom podizvođaču. Ove podizvođače nazivamo imenovanim podizvođačima (*nominated subcontractors*), budući da ih je imenovao naručilac, bilo pre ili posle zaključenja osnovnog ugovora.⁴⁵ U praksi se sreću i situacije u kojima naručilac i izvođač zajednički biraju podizvođače, tako što izvođač sastavi listu podizvođača koje želi da angažuje, a naručilac se sa izborom podizvođača na toj listi saglašava ili istu dopunjava/menja.⁴⁶ Treće, citirana odredba ZOO-a ne daje nam odgovor na pitanje *koji je dozvoljeni obim ustupanja posla podizvođačima*. Nasuprot ZOO-u, Posebne uzanse o građenju i FIDIC-ovi opšti uslovi izričito zabranjuju ustupanje posla u celini podizvođačima.⁴⁷ Na ovaj način se štiti interes naručioca da barem deo posla izvrši lice sa kojim je ugovor zaključen.

Sadržina podizvođačkog ugovora. Princip back to back.

Suprotstavljenost interesa izvođača i podizvođača najviše dolazi do izražaja prilikom uređivanja sadržine podizvođačkog ugovora, budući da ugovorne strane u tom stadijumu ugovaranja vrše raspodelu rizika u vezi sa izvođenjem podizvođačkih radova. Ključni faktori koji utiču na sadržinu podizvođačkog ugovora su *svrha zaključenja, faza građevinskog poduhvata u kojoj se ugovor zaključuje*

⁴⁴ FIDIC-ovi opšti uslovi, član 4.4. (u „Crvenoj knjizi“ iz 2017. godine u članu 5.1.).

⁴⁵ Koncept imenovanih podizvođača potiče iz anglosaksonske pravne tradicije i poznaju ga i FIDIC-ovi opšti uslovi (član 5 u „Crvenoj knjizi“, član 4.5. u „Žutoj“ i „Srebrnoj knjizi“), koji se ugovaraju na većim poduhvatima i kod nas. Ovaj koncept predstavlja radikalno zadiranje u koncept ugovaranja sa podizvođačima i kao takav je predmet brojnih kritika, budući da dovodi do apsurdne situacije da izvođač treba da odgovara naručiocu za celinu posla, a da mu pritom naručilac nameće podizvođače koje treba da angažuje. FIDIC-ovi opšti uslovi donekle rešavaju ovu nelogičnost uvođenjem prava izvođača na *prigovor protiv imenovanja određenog podizvođača*. Naime, izvođač neće biti u obavezi da deo svojih radova poveri imenovanom podizvođaču ako za to postoji opravdan razlog (*reasonable objection*) – npr. ako osnovano veruje da podizvođač nije kvalifikovan za izvođenje radova ili ako imenovani podizvođač ne prihvati uvođenje *back to back* uslova u podizvođački ugovor (v. niže, str. 16-20). Pored uslova u pogledu razloga za izjavljivanje prigovora, FIDIC-ovi opšti uslovi navode i da je izvođač dužan da prigovor izjavi u najkraćem mogućem roku („*as soon as practicable*“). Budući da se koncept imenovanih podizvođača najčešće koristi na poduhvatima gde naručilac obezbeđuje projekat, logično je nastojanje pisaca FIDIC-ovih opštih uslova da najdetaljnije objašnjenje daju „knjige“ koje uređuju taj vid saradnje između naručioca i izvođača (tzv. „Crvena“ i „Ružičasta knjiga“). Detaljnije, E. Baker *et. al.*, 132-133, B. Vukmir, op. cit., 86 i M. Paunović, op. cit., 34.

⁴⁶ M. Paunović, op. cit., 21.

⁴⁷ PUG, čl. 48; FIDIC-ovi opšti uslovi čl. 4.4. (u „Crvenoj knjizi“ iz 2017. u članu 5).

i pregovaračka pozicija ugovornih strana, koja bitno utiče na to koja će strana snositi koje rizike u vezi sa izvršenjem posla. Prvo, podizvođački ugovori se zaključuju za potrebe konkretnog poduhvata (*svrha*), na kome su odnosi (prethodno) regulisani „krovnim“ osnovnim ugovorom. Dakle, možemo reći da osnovni ugovor „daje“ podizvođačkom ugovoru *predmet* i uslovljava njegovo trajanje, te se može osnovano govoriti o tome da je podizvođački ugovor zapravo sredstvo realizacije osnovnog ugovora.⁴⁸ Drugo, izvođači po pravilu angažuju podizvođače po dobijanju posla. Međutim, moguće je da, na zahtev naručioca ili voljno, izvođač i podizvođač zakluče *pre bid* (preliminarni) podizvođački ugovor u nekoj ranijoj fazi nadmetanja, kojim bi uredili neka osnovna pitanja, da bi kasnije, za slučaj da izvođač dobije posao, detaljnim (konačnim) podizvođačkim ugovorom uredili sva relevantna pitanja u vezi sa njihovim odnosom. Konačno, na ugovornu raspodelu rizika najviše utiče pregovaračka pozicija ugovornih strana, koja u mnogome zavisi od trenutne pozicije (i reputacije) ugovornika na tržištu, ali i poslovne situacije u kojoj se ugovornici nalaze.

Nadmoć u pregovorima po pravilu će imati izvođači, koji će nastojati da ovu nadmoć materijalizuju kroz ugovorno prevaljivanje rizika (i odgovornosti), preuzetih osnovnim ugovorom, na podizvođača, za deo posla povodom koga se podizvođački ugovor zaključuje. Drugim rečima, izvođači nastoje da odredbama podizvođačkog ugovora „preslikaju“ ugovorni odnos koji imaju sa naručiocem po osnovnom ugovoru.⁴⁹ „Preslikavanje“ ugovornog odnosa sa naručiocem na ugovorni odnos sa podizvođačem nije nimalo lak zadatak. Sa pravno-tehničke strane, složene i dugačke odredbe osnovnog ugovora je potrebno svesti na prava i obaveze podizvođača, koji je odgovoran samo za deo posla određenog osnovnim ugovorom.⁵⁰ U praksi se sreću brojne formule. Moguće je opštim principom *back to back* (*lat. mutatis mutandis*) uvesti *shodnu* primenu svih odredaba osnovnog ugovora koje se mogu primeniti na podizvođački ugovor. Kao i svaki pravni princip, i princip *back to back* traži dalju konkretizaciju. Pojedinačno „preslikavanje“ jedne po jedne odredbe osnovnog ugovora se čini kao „nemoguća misija“, te ćemo izdvojiti ključne delove podizvođačkog ugovora u kojima je potrebno izvršiti „preslikavanje“ smisla i teksta odredaba osnovnog ugovora

Plaćanje podizvođaču. – U slučaju podugovaranja dolazi do formiranja dva paralelna „koloseka“ plaćanja: 1) plaćanje po podizvođačkom ugovoru, za deo posla (odnos izvođač – podizvođač) i 2) plaćanje po osnovnom ugovoru (odnos

⁴⁸ M. Vasiljević, op. cit., 510.

⁴⁹ M. O'Reilly, 70.

⁵⁰ M. Paunović, op. cit., 38.

naručilac – izvođač). Ekonomski gledano, osnovna ideja je da naručilac (ili poseban finansijer, ako postoji) finansira izgradnju (izvršenje posla), da izvođač izvrši deo posla i deo primljenog iznosa od naručioca zadrži za sebe, a deo rasporedi na podizvođače, svakom od njih za deo posla koji su izvršili. Međutim, pravno gledano, između navedena dva „koloseka“ plaćanja ne postoji veza, osim ako se tako ne ugovori (*princip nepostojanja pravne veze*).⁵¹ U navedenoj situaciji se izvođač suočava sa potencijalnom potrebom da pretfinansira izgradnju, ali i sa rizikom da mu iznosi koje je isplatio podizvođačima nikada ne budu nadoknađeni od strane naručioca (rizik neplaćanja). Kako bi izbegli navedenu situaciju izvođači nastoje da, koristeći svoju pregovaračku poziciju, sva plaćanja podizvođačima „uslove“ naplatom od naručioca za taj deo posla (*tzv. korespondentna naplata*).⁵² Na isti način se podizvođačima može usloviti priznavanje potraživanja po osnovu obavljenog posla;

⁵¹ ZOO sadrži izuzetno važan izuzetak od navedenog pravila (čl. 612 – „*neposredan zahtev saradnika poslenika prema naručiocu*“). Naime, u situaciji kada je potraživanje podizvođača („saradnika poslenika“) prema izvođaču nesporno („priznato“ od strane izvođača), podizvođač se može obratiti naručiocu sa zahtevom da mu isplati iznos navedenog potraživanja na teret svote koju u tom momentu duguje izvođaču. Iz zakonskog teksta proizlaze tri pretpostavke za ostvarivanje zahteva podizvođača prema naručiocu. Prva pretpostavka, koja se nameće po logici stvari, je da podizvođač nije primio isplatu za izvedene radove od strane izvođača. Druga pretpostavka za ostvarivanje zahteva podizvođača prema naručiocu je da naručilac do momenta isticanja zahteva podizvođača nije platio izvođaču. *Ratio* ovakvog zakonodavnog rešenja je dvojak. Sa jedne strane, ako nije drugačije regulisano osnovnim ugovorom, bilo bi nepravično primorati naručioca da nakon što je platio izvođaču pun ugovoreni iznos, isplati i podizvođača. Sa druge strane, ako je izvođač primio novac od naručioca, ispunjen je uslov korespondentne naplate koji predviđa većina podizvođačkih ugovora, te se otvara mogućnost da podizvođač ostvaruje svoja prava prema izvođaču pred sudom/arbitražom. Treća pretpostavka za ostvarivanje podizvođačevog zahteva je da je njegovo potraživanje „priznato“ (nesporno). Plaćanje podizvođača na građevinskim poduhvatima najčešće se vrši po privremenim situacijama, koje se ispostavljaju u toku gradnje, i okončanoj situaciji, koja se ispostavlja nakon sastavljanja konačnog obračuna. Podizvođač ispostavlja situaciju izvođaču, koji je overava („priznaje“ potraživanje podizvođača) ili je osporava. Dakle, sam čin overe situacije predstavlja „priznavanje“ potraživanja u smislu ZOO-a. U postupcima javnih nabavki podizvođači imaju *pravo izbora da li će biti plaćeni direktno od strane naručioca*. Ako nije predviđeno neposredno plaćanje dospelih potraživanja podizvođaču za deo ugovora koji je on izvršio, naručilac je dužan da nakon plaćanja izvođaču zatraži od njega da mu u roku od 60 dana dostavi dokaz da je izvršio plaćanje podizvođača uz propratnu izjavu podizvođača koja to potvrđuje (ZJN, čl. 131). Ako tako ne postupi, izvođač čini prekršaj za koji je zaprećena novčana kazna u rasponu od 100.000 do 1.000.000 dinara (ZJN, čl. 237).

⁵² U praksi se javljaju dve varijante pravila o korespondentnoj naplati. Prva varijanta (*pay when paid*) podrazumeva da podizvođač stiče pravo na plaćanje po izvršenom poslu, ali pravo na naplatu *dospeva* tek nakon što izvođač naplati korespondentni iznos („iznos za taj deo posla“) od naručioca. Druga varijanta (*pay if paid*) podrazumeva da je čak i pravo podizvođača na naplatu iznosa po osnovu izvršenog posla *uslovljeno* korespondentnom naplatom od naručioca.

Primopredaja i garantni period. – Primopredaja predstavlja postupak prijema izvršenog posla. U slučaju podugovaranja važno je zapaziti da dolazi do formiranja dva paralelna „koloseka“ vršenja primopredaje. Dakle, kao i u oblasti plaćanja, i ovde važi princip nepostojanja pravne veze između osnovnog ugovora i podizvođačkog ugovora. Samim tim, može se javiti situacija u kojoj je izvođač izvršio prijem podizvođačevog dela posla, da bi kasnije naručilac odbio da izvrši „korespondentnu“ primopredaju sa izvođačem. Kako bi izbegli navedenu situaciju (rizik), izvođači nastoje da usklade postupak primopredaje po podizvođačkom ugovoru sa postupkom primopredaje koji su dogovorili sa naručiocem. Budući da izvođač i naručilac vrše (konačnu) primopredaju tek po okončanju izgradnje u celosti, postoji potreba za ugovornim uređivanjem pravne situacije koja nastaje u vezi sa podizvođačima koji su svoj deo posla obavili u ranoj fazi izgradnje, naročito ako je njihov udeo u celom poslu neznatan.⁵³ Pravni odnos između izvođača i podizvođača nastavlja da postoji i posle primopredaje, dok traje garantni period. Garantni period predstavlja period u kome je podizvođač dužan da otklanja nedostatke na zahtev izvođača i njegovo trajanje je potrebno urediti u koordinaciji sa trajanjem garantnog perioda po osnovnom ugovoru, kao perioda u kome je izvođač dužan da otkloni nedostatke na zahtev naručioca i koji teče od završetka celog objekta. Osnovna formula koja se koristi u praksi je da garantni period po podizvođačkom ugovoru mora obuhvatiti: 1) period između primopredaje po podizvođačkom ugovoru i završetka celog objekta i 2) garantni period predviđen osnovnim periodom, koji počinje da teče od dana završetka celog objekta;⁵⁴

Suštinska razlika između navedene dve varijante pravila o korespondentnoj naplati je u tome da se klauzulom *pay if paid* rizik neplaćanja u potpunosti prevaljuje na podizvođača (čak i u slučaju stečaja naručioca), dok se klauzulom *pay when paid* samo označava vreme dospelosti podizvođačevog prava na naplatu i time se rizik neplaćanja ne prevaljuje u potpunosti na podizvođača (npr. u slučaju stečaja naručioca, podizvođač bi mogao da ostvaruje svoja prava prema izvođaču). Iako se ove klauzule često koriste u međunarodnoj praksi, trebalo bi ih tumačiti krajnje restriktivno u smislu srpskih propisa – naročito klauzulu *pay if paid*. Naime, pravilo o korespondentnoj naplati podrazumeva da je *ispunjenje obaveze jedne ugovorne strane uslovljeno ponašanjem trećeg lica* (naručioca), čime se (potencijalno) krši načelo savesnosti i poštenja, kao temeljno načelo našeg javnog poretka (ZOO, čl. 12). Pitanje punovažnosti ovakvih odredaba postavilo se i u domaćoj sudskoj praksi (Presude Privrednog suda u Požarevcu, br. 532/2012 od 5.10.2012. godine i Privrednog apelacionog suda, br. 9771/12 od 9.7.2013. godine). U slučaju ništavosti odredbe o korespondentnoj naplati, na predmetni odnos primenice se rokovi predviđeni Zakonom o rokovima izmirenja novčanih obaveza u komercijalnim transakcijama (*Sl. glasnik RS*, br. 119/2012, 68/2015, 113/2017, 91/2019, 44/2021 i 44/2021 – dr. zakon). O klauzulama o korespondentnoj naplati u međunarodnoj praksi v. B. Vukmir, op. cit., 89-94.

⁵³ B. Vukmir, op. cit., 97.

⁵⁴ M. Paunović, op. cit., 50.

Stupanje na snagu i raskid podizvođačkog ugovora. – Budući da je podizvođački ugovor, na neki način, sredstvo realizacije osnovnog ugovora, jasno je da su postojanje i dejstva podizvođačkog ugovora besmisleni ako osnovni ugovor nije stupio na snagu ili je u međuvremenu prestao da važi. Interes za pažljivim uređivanjem pitanja stupanja na snagu i *back to back* prestanka podizvođačkog ugovora naročito ima izvođač, koji se suočava sa rizikom da ostane bez pokrića za dospele obaveze po ugovoru sa podizvođačem. Prvo, stupanje na snagu podizvođačkog ugovora je potrebno vezati za stupanje na snagu osnovnog ugovora. Drugo, prestanak osnovnog ugovora bi trebalo odrediti kao jedan od razloga za raskid podizvođačkog ugovora, uz vezivanje sudbine podizvođačevog zahteva za naknadu štete i naknadu troškova za sudbinu izvođačevog korespondentnog zahteva prema naručiocu;

Osiguranje. – U vezi sa osiguranjem podizvođačkih radova, materijala, opreme i mehanizacije koji se koriste za potrebe izvođenja podizvođačkih radova, ali i osiguranja od odgovornosti podizvođača prema trećim licima, poslovna praksa je iznedrila dva osnovna rešenja. Prvo rešenje pretpostavlja da je izvođač (na zahtev naručioca) ugovorio osiguranje koje pokriva (gotovo sve) rizike učesnika posla (tzv. *Contractors All Risks Policy*).⁵⁵ Prilikom ugovaranja takvog osiguranja kao osiguranik će u polisi uglavnom biti naveden i naručilac, a ponekad i drugi učesnici, poput podizvođača.⁵⁶ Ako je naveden kao osiguranik ili korisnik osiguranja u polisi, podizvođač neće ugovarati posebno osiguranje za svoj deo radova, već će biti dužan da participira u plaćanju premije srazmerno svom učešću u ukupnom opsegu radova predviđenih osnovnim ugovorom (*princip participacije*

⁵⁵ Iako naziv *Contractors All Risks Policy* upućuje na to da su polisom izvođača pokriveni svi rizici svih učesnika u vezi sa određenim poduhvatom, to nije u potpunosti tačno. Prvo, *osiguranje radnika na gradilištu* nije pokriveno osiguranjem od odgovornosti prema trećim licima po „opštoj“ (*All Risks*) polisi. Drugo, *kasko osiguranje* (osiguranje motornih vozila od rizika uništenja ili oštećenja) nije pokriveno osiguranjem stvari po „opštoj“ polisi. Isto važi i za novac, dokumentaciju, planove i hartije od vrednosti koji se nalaze na gradilištu (*osiguranje od rizika požara i krađe*). Treće, ako izgradnja objekta podrazumeva i montažu (ugradnju) mašina ili opreme, potrebno je ugovoriti tzv. *montažno osiguranje*. Četvrto, posebno se ugovara i osiguranje u vezi sa transportom mašina, materijala, opreme i alata na gradilište (tzv. *kargo osiguranje*). Peto, projektanti se po pravilu *osiguravaju od profesionalne odgovornosti* po posebnoj polisi. Šesto, „opštom“ polisom nije obuhvaćeno ni *osiguranje od tzv. nekomercijalnih rizika* (npr. rizik nemogućnosti naplate potraživanja na osnovu izvršenog posla usled ratnih ili političkih događaja). Navedena osiguranja spadaju u grupu *posebnih osiguranja*, odnosno osiguranja koja je potrebno ugovoriti sa određenim osiguravačem kako bi osiguravajuće pokrile u vezi sa građevinskim poduhvatom bilo potpuno. Detaljnije o posebnim osiguranjima, Ivica Jankovec, „Osiguranje građevinskih radova u inostranstvu“, *Ugovori u međunarodnoj trgovini II*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1987, 253-255.

⁵⁶ I. Jankovec, op. cit., 237.

u troškovima osiguranja). U međunarodnoj praksi građenja ovakvo rešenje se često koristi, budući da se ugovaranjem jednog osiguranja postižu brojni pozitivni efekti, poput snižavanja troškova, preciznijeg pokrića rizika, izbegavanja dvostrukog osiguranja istog rizika, ali i propusta da se izvrši osiguranje od nekog rizika.⁵⁷ Kada ugovaranje jednog osiguranja nije moguće, koristi se *metod odvojenog osiguranja*. Između ostalih, i podizvođač će biti dužan da osigura svoj deo radova po posebnoj polisi;

Rešavanje sporova i izbor merodavnog prava. – Princip nepostojanja pravne veze između podizvođačkog i osnovnog ugovora se u materiji rešavanja sporova manifestuje kroz rešavanje sporova na dva odvojena „koloseka“ (*paralelni postupci*). Ovakav način rešavanja sporova, koji je inače uobičajen, u sporovima povodom izvršenja ugovora o građenju može dovesti do situacije da se na osnovu istog činjeničnog stanja donesu različite arbitražne/sudske odluke. Kako bi se ovakve situacije izbegavale, ugovornim stranama se savetuje da pitanje rešavanja sporova nastalih u vezi sa podizvođačkim ugovorom uredi u koordinaciji sa rešenjima iz osnovnog ugovora, tako da sporove rešava ista arbitraža/sud u istom (jedinственom) postupku, ako je to moguće.⁵⁸ Pri određivanju merodavnog prava (u odnosima sa elementom inostranosti) ugovorne strane takođe moraju obratiti pažnju na rešenja iz osnovnog ugovora, kako bi se izbegla situacija u kojoj različita merodavna prava tretiraju istu situaciju na različit način.

ZAKLJUČAK

U međunarodnoj praksi građenja udruživanja izvođača su česta pojava, nastala kao posledica složenosti i rizika koje građevinski poduhvati nose sa sobom. Većinu ugovora, koji predstavljaju pravni osnov za udruživanje izvođača i kojima se regulišu njihovi međusobni odnosi, je iznedrila poslovna praksa. Međutim, osnovne karakteristike tih ugovora nisu usaglašene u teoriji, te su ostali neimenovani u većini pravnih sistema, u koje spada i naš pravni sistem. „Neimenovanost“ ugovora predstavlja „mač sa dve oštrice“, budući da sa jedne strane nosi široku slobodu učesnika da uredi međusobne odnose, ali sa druge strane otvara vrata pravnoj nesigurnosti, ako ugovorne strane propuste da regulišu neke aspekte međusobnih odnosa povodom udruživanja. Samim tim, nakon izlaganja o udruživanjima izvođača uopšte i o njihovim osnovnim oblicima u praksi, ugovornom *joint venture*-u i ugovaranju sa podizvođačima, autor zaključuje da u ovoj oblasti postoji izrazita potreba za detaljnim ugovaranjem.

⁵⁷ M. Paunović, op. cit., 48; I. Jankovec, op.cit., 218.

⁵⁸ M. O'Reilly, op. cit., 70; B. Vukmir, op. cit., 99; M. Paunović, op. cit., 51.

Prilikom ugovaranja *joint venture*-a ugovorne strane bi trebalo da posvete najveću pažnju uređivanju pitanja podele posla (doprinosa izvršenju zajedničkog posla) i međusobne odgovornosti članova grupacije. Ovakav zaključak autor je izveo iz analize koja je potvrdila da najveće poteškoće u utvrđivanju pravne prirode odnosa povodom grupacije (i potencijalno najveća pravna nesigurnost) postoje upravo u ove dve oblasti. Sa druge strane, analiza ugovaranja sa podizvođačima je pokazala da izvođači uvek moraju gledati „širu sliku“, odnosno imati u vidu da se svaki propust podizvođača može odraziti kao njihov propust po osnovnom ugovoru i samim tim izazvati posledice koje očigledno premašuju dejstva podizvođačkog ugovora. Dakle, izvođačima je potrebna neka vrsta pokrića za rizike koje su preuzeli osnovnim ugovorom, što se postiže ugovaranjem primene svih odredaba osnovnog ugovora koje su shodno primenljive na podizvođačev deo posla.

BOJAN GRUJIĆ

Ph.D. candidate, Faculty of Law

University of Belgrade

Legal advisor at Energoprojekt Holding, Belgrade

BASIC FORMS OF ASSOCIATION BETWEEN CONTRACTORS IN INTERNATIONAL CONSTRUCTION PRACTICE

Summary

Fundamental characteristics of every construction project are complexity and related risks, faced by the participants of that project. Having the complete performance of the works and the payment by the employer as a mutual interest, the participants often constitute different forms of associations in order to minimize or jointly bear risks related to the construction project. Basic principles of association between the participants of construction projects, analysed in this paper on the subject of contractors for the execution of works, can apply *mutatis mutandis* on associations of all other participants (suppliers, consultants etc.). In international construction practice, dominant forms of associations are contractual joint venture and the cooperation based on the subcontractor agreement. Author highlights that associations formed on the basis of joint venture agreement and the subcontractor agreement are based on totally different principles. On one hand, associations in form of contractual joint venture are based on the joint sharing of liabilities and risks (association in the proper sense of the word). On the other hand, cooperation in form of subcontractor agreement can be explained through the contractors persistent endeavor to pass on to its subcontractor liabilities and risks undertaken in the main contract, which is contested by the subcontractor (association in the improper sense of the word). Different legal logic of these legal institutes implies differences in the means of the legal nature. Finally, author emphasizes the need for detailed contracting in this area.

Key words: complexity, risk, association, contractual joint venture, subcontract, FIDIC

Literatura

- Antić O., „Imenovani i neimenovani ugovori u savremenom obligacionom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2, Beograd, 2004.
- Babić I., „Odgovornost dužnika za radnje pomoćnika“, *Pravo i privreda*, br. 7-9, Beograd, 2017.
- Baker E., Mellors B., Chalmers S., Lavers A., *FIDIC Contracts – Law and Practice*, Routledge – Taylor and Francis Group, Fifth Edition, London, 2009.
- Dabić Lj., „Ugovorne grupacije malih i srednjih preduzeća“, *Pravo i privreda*, br. 5-8, Beograd, 2007.
- Dabić Lj., „Poslovođenje ortaklukom i njegovo zastupanje (upravljanje ortaklukom)“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2015.
- Jaeger Axel-V., Hök Götz-S., *FIDIC – A Guide for Practitioners*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2010.
- Jankovec I., „Osiguranje građevinskih radova u inostranstvu“, *Ugovori u međunarodnoj trgovini II*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1987.
- Jovanović N., Radović V., Radović M., *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Prvo izdanje, Beograd, 2020.
- Jovanović N., „Odgovornost plovidbenog prevozioca robe za radnje svojih pomoćnika“, *Pravo i privreda*, br. 3-4, Beograd, 2000.
- Nikčević J., „Primena međunarodnih opštih uslova o građenju na projektima u Srbiji“, *Branik – Advokatska komora Srbije*, br. 1-4, Beograd, 2016.
- O’Reilly M., *Civil engineering construction contracts*, Second Edition, London, 1999.
- Paunović M., *Međunarodno poslovno udruživanje u oblasti izvođenja investicionih radova – ugovorno pravni aspekti*, Ljubljana, 1988.
- Stojiljković V., *Ugovor o konzorcijumu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996.
- Stojiljković V., „Pravna priroda odnosa vodećeg preduzeća i preduzeća članica konzorcijuma“, *Pravo i privreda*, br. 3-6, Beograd, 1995.
- Vasiljević M., *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- VOB/B 2016 – Textausgabe/Text Edition*, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, 2016.
- Vukadinović R., „Ograničenja slobode udruživanja privrednih subjekata – primer koncentracija u pravu EU“, *Pravo i privreda*, br. 5-8, Beograd, 2003.
- Vukmir B., *Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera*, Zagreb, 2009.

THOMAS MEYER

DIGITAL PRINCIPLES – NEW STANDARDS FOR DIGITAL SOLUTIONS

After a short report on recent developments in the German Legal System with regard to Digitalisation, the contribution presents an international initiative, which defines principles for digital solutions. Even when this principles are not a legal act but an international initiative, it will be discussed, if such initiatives do have the potential to influence the further legal development cooperation.

Key words: *digitalisation, digital principles, Digital Market Act, Digital Service Act, German Law on the Implementation of the Digital directive*

A P P R O A C H

It has become a tradition that my annual contribution for the Kopaonik School of Natural Law deals with the digitization of German law. This corresponds to one of the functions of this school, which, after the death of the founder, Prof. Slobodan Perovic, continues to be pursued by Prof. Jelena Perovic with the greatest commitment: The mutual information and scientific evaluation of national and international legal developments in order to be able to assess them and to create the opportunity for the participants to make these assessments usable for their daily

Dr. Thomas Meyer, Head of the the sector “Good Governance in the Ukraine”, implemented by the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, commissioned by the German Federal Ministry on Economic Cooperation and Development (BMZ), e-mail: thomas.meyer@giz.de.

work, whether as a lawyer in the private sector, as a judge or notary, as a ministry employee or as a project manager in international cooperation.

I don't want to hide the fact that I was looking for topics much more than it was the case so far. After I presented basic concepts of digitization, the practical use of LegalTech in Germany or the new European framework for the platform economy, I had to realize that the current discussion in Germany's leading legal journals, on the other hand, did not show any innovations, but rather focused on its further implementation. This is, of course, a very highly aggregated view, especially since the topics presented move in a highly dynamic environment. Therefore, I would first like to point out essential elements of this environment and then describe current implementation work. Finally, I would like to draw attention to an international initiative and its impact on further development, including in the area of the legal environment of digitization.

INTRODUCTION

Since February 20, I have been living in Germany again, after working abroad for 20 years. Abroad is an ugly word, especially since Belgrade was the center of my life for almost half of this time and this city has grown close to my heart and become my second home. As a German, writing about digitization and now getting to know the state of digitization directly on site seems a bit strange. Sometimes one is amazed and understands why many assume that Germany has a lot of catching up to do here. This starts with the quality of Internet access and will be illustrated here with an example of confrontation with German authorities.

Shortly after I had to return, I was asked by an African friend to invite him to Germany so that he could follow his partner, who is not a German citizen either. For this purpose, the German law on foreigners provides that there is the possibility to submit a declaration of commitment as a German citizen in front of the competent immigration office. For this, in turn, it was a prerequisite that I lived in the area of responsibility of this immigration office. So, I needed a residence confirmation from the community. As usual, I searched the municipality's website for the possibility of doing this via smartphone. After some searching, I only found the opportunity to print out a form, fill it out and send it to the municipality by postal services.

There is still a lot of work to be done for Germany to reach the standards of the countries I used to live in, where the use of digital solutions is a normality. The telephone or electricity bill can be paid in Georgia and Ukraine at terminals at most kiosks. Citizens have comprehensive digitized offers at their disposal, e.g. to

register at their new place of residence, to apply for a passport or ID card, to set up a company or to register the transfer of ownership of real estate. If you need a special document for this, there are waiting areas in modern civic centers where you can get a coffee to bridge the waiting time until you get the passport or the extract from the register of ownership (if you want to have it in paper form with an official seal. In Georgia, you don't even need that, because you automatically get a link to a PDF file designed to be a tamper-proof document.).

NEW DIGITAL STRATEGY

Catching up in digitization was one of the declared goals of the new German federal government, with which it was able to win the election campaign in September. With the Digital Strategy, which was adopted by the Federal Government on 30. 8. 2022, the strategic framework for digitization is now available.¹ In addition to the development of digital infrastructure, through the roll-out of fibre-optic connections, and a number of measures in all policy areas, in particular health and education, this affects areas that will also affect civil law practice, such as the provision of digital identities, the expansion of digital administrative services and a modern legal framework for the use of data.

ENTRY INTO FORCE OF DMA AND DAS

As previously reported,² the Digital Market Act (DMA) and the Digital Service Act (DAS) have been prepared by the European Commission, two fundamental pieces of legislation designed to regulate the power of the major Internet platforms. These legal acts were adopted by the European Parliament on 5. 7. 2022 and with the publication³ thus become applicable law as regulations after a transitional period laid down in the regulation without the need for transposition into national law.

As a result, comprehensively changed⁴ regulations for the prevention of the dissemination of illegal content and fraud by the Digital Service Act will be available in the future.

¹ https://digitalstrategie-deutschland.de/static/1a7bee26afd1570d3f0e5950b215abac/220830_Digitalstrategie_fin-barrierefrei.pdf.

² Thomas Meyer, "How to drill the Internet", 34. *susret Kopaoničke škole prirodnog prava "Slobodan Perović" – Primena prava i pravna sigurnost*, 2021.

³ Digital Service Act, *OJ L* 277, 27. 10. 2022, 1–102; Digital Market Act, *OJ L* 265, 12. 10. 2021, 1–66.

⁴ The DSA is based on the E-Commerce Directive (2000/31/EC).

Likewise, the Digital Market Act creates a new basis for the legal relationship between commercial providers and monopoly-like Internet platforms, which the Big Five must comply with to continue to operate in the European Single Market. As already criticized even when the Regulation touches in the result fields of competition law, the European Union choose as basis for authorisation not Art. 103 TFEU⁵ but Art. 114 TFEU, which gives the competence regarding better functionality of the single market.⁶

TRENDS IN THE DIGITIZATION OF CORPORATE LAW IN GERMANY

When reviewing the current legal journals with regard to the digitization of private law, the changes in company law by the Act on the Implementation of the Digitization Directive (DiRUG) of 25. 6. 2021, which came into force on 1. 8. 2022, are of greatest impact, since they represent a comprehensive change in the registration regulations for commercial corporations.⁷

The DiRUG, which is still the responsibility of the old Federal Government, represents the implementation of the EU Digitization Directive of 20. 6. 2019. The law aims to simplify and speed up the registration of limited liability companies. This is to be achieved in particular by the fact that it is no longer necessary to appear in person at the notary by introducing electronic public certification, since the possibility of notarial certification via video communication was introduced at the same time as DiRUG came into force.⁸

The new Federal Government has already presented a draft law supplementing the regulations for the implementation of the Digitization Directive (DiREG).⁹ While DiRUG was limited to the establishment of limited liability companies, register applications for cooperatives and associations are now also to be made possible online in the near future.

⁵ Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C*, Vol. 202, 7. 6. 2016.

⁶ Lea Katharina Kumkar, “Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren – Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten”, *Recht Digital* 2022, 347 ff. (“The Digital Market Act following the trilog-procedure – New impulse on digital markets”, *Law Digital Journal*).

⁷ *Federal Law Gazette*, 2021 I, 3338.

⁸ EU Directive (EU) 2019/1151 of 20. 6. 2019 on changes of the directive (EU) 2017/1132 with respect to the use of digital tools and procedures in company law, *OJ* 2019 L 186, 80.

⁹ See Jan Lieder, “Das DIREG – Mehr Digitalisierung wagen?!”, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2022, 102 (“DIREG – dare to more digitalization”, *Journal for Legal Policy*); Heribert Heckschen, Ralf Knaier, “Further digitization of corporate law (DIREG)”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2022, 885 (“Further Digitalization of Company Law”, *New Journal for Company Law*).

INTERIM CONCLUSION

This little insight on recent developments regarding digitization in the legal field shows that digitization goes further on and will change the way, we have to deal with it, like it will be the case with the big platforms, but as well how we will work with new digital instruments and tools. After leaving Georgia and closing the project, where I started my career in international development cooperation,¹⁰ I do not work on legal and judicial projects anymore, within my position as a Cluster Director, covering the German development cooperation with the Ukraine in the field of good governance. But here as well, digitization is of utmost importance and many of the projects under my supervision deal with it. In the field of good governance, it is mostly about the introduction of new digital tools in the public sector and the use of digitization to enable not only state institutions but also the civil society to contribute to further development in their home countries. One tendency in this sector are digital principles, which need to be taken under consideration while setting up further steps in digitization of public services. That could also be of interest for the participants of the Kopaonik School of Natural Law since it represents an approach which isn't a legal but could have an influence of the outlining of future legal frameworks.

DIGITAL PRINCIPLES

The Principles of Digital Development Cooperation is an international initiative supported by several development cooperation organizations that have committed themselves to taking these principles into account when using digitalization in development cooperation.¹¹ Current signatories of the initiative are:

- Bill & Melinda Gates Foundation
- Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
- International Rescue Committee
- Swedish International Development Cooperation Agency
- UNICEF
- United Nations Development Programme
- United Nations for the Coordination of Humanitarian Affairs

¹⁰ The closing conference of that project had, due to the COVID Pandemic, to be done virtually under the title “27 years of cooperation on legal and judicial reforms in the South-Caucasus”, https://youtu.be/zdA5TL_T1nU.

¹¹ <https://digitalprinciples.org/>.

- United States Agency for International Development
- World Health Organization
- World Bank Group
- World Food Programme
- World Vision Initiative

The principles have been continuously developed since 2014 and were endorsed by 54 international organizations in 2015.

The established principles do not represent binding obligations, but guidelines whose adherence, to the experience of the participating practitioners and organizations, promotes the successful use of digital tools.

The principles are the following, each of which I consider from the aspect of their consideration in the field of international cooperation in the further development of the legal systems:

Design with the user

Successful digital initiatives are geared to the needs of users. These should therefore be largely included in the development. This does not end with the completion of the digital tool but should also be considered in the further development.

Legal cooperation takes this principle into account by developing solutions developed in advance by experts of the country to ensure their embedding in the local legal system with interest groups. Public consultations on legislative proposals are an appropriate means of achieving this principle, which should not be limited to the development of digital solutions in the legal field.

Understanding the local situation

Structures and needs differ from country to country. It is therefore necessary to be aware of these local peculiarities and to adapt any existing solutions that may be available to these different conditions.

Again, this principle cannot be limited to the development of digital solutions. In the past, non-consideration was a major problem, because solutions were often given by development organizations or their international experts without any knowledge of the local situation. As an example, the first draft of a civil code for Bosnia and Herzegovina can be used here. First, on behalf of GIZ, a German professor prepared a draft that had hardly considered the existing laws and legal traditions. It was only through the involvement of Prof. Slobodan Perovic

(also through GIZ) that it could be clarified at the time that the law on obligations and torts could be preserved as far as possible.

Design for scale

Digital solutions with pilot character for a smaller group of users or a limited area are to be developed in such a way that they can later be applied to a larger group or area.

This principle is not of great importance in the field of advice on digital solutions in the legal sector. However, there are approaches, especially in the field of cryptographic asset applications, which are initially tested on a trial basis in so-called regulatory sandboxes, in which the solutions found are initially limited to a small area of application. An example could be seen in the German approach to the implementation of the Digitization Directive (DiRUG), which initially remained limited to register transactions for limited liability companies. With the draft of an amending law, however, the approach is already scaled without having any implementation experience.

These days, it wouldn't be reasonable to design legal and judicial reforms without using the opportunities given by digitization. That's not totally new, as evidenced by the fact, that e.g. most countries introduced new pledge registers which used the then existing digital options und were usually IT based, already in the beginning of the 2000ies. In line with the "Design for scale" principle, these solutions must ensure that the data formats used are compatible with other digital solutions to enable data exchange. That's in particular true of pledge registries since these pledges are created on movable goods and exchange of this data with other countries would enable registry entries to be effective also in other countries so as to prevent conflicting rights.

An example where the principle wasn't followed to the extent required, could be a case management system for first instance courts. In parallel projects with other courts (Courts of Appeal or Supreme Courts) were established with support of different donors and when trying to combine both systems there were not compatible, leading to serious efforts to enable data exchange. Therefore, coordination is key to realizing the principle.

Consider sustainability

This principle is generally accepted in development cooperation. It must be ensured that the solutions developed are not dependent on further support by donors. Especially with digital solutions, it is often not taken into account that the maintenance of these solutions requires additional resources so that they can also

be used in the future. In addition to the maintenance of developed software by qualified experts in the respective institution, this also applies to information services such as the electronic library of the project in the South Caucasus, where several hundred publications were funded within the framework of the project. After completion of the project, this was handed over to the training institution of the Georgian Ministry of Justice, which continues to operate the site.¹²

When setting up such approaches, it must therefore be ensured that the implementing partners can run the solution after support from an international cooperation project. For that budgets are to be planned that the institution can continue to operate the solution and that adequate and sufficient resources for the future are planned.

Be data driven

A specific aspect of digital solutions is the use of the data generated. Often, the operation of such solutions creates true data treasures, which could be used, while considering the principle of data protection and data security (see below). This applies not only to primary data, such as the registered owners of land or buildings, but also to aggregated ones, following our example, which group of people is registered as owners. This data can and should be usable for purposes beyond the actual solution, which should be considered when designing the solutions. As shown, this could be the case with registers but also with the case management system already described, for example to simplify statistical surveys.

Use of open standards, open data, open source and open innovation

here specifically digital terms are used. Ultimately, the principle aims to ensure that solutions developed within the framework of development cooperation are implemented in a way that enables them to be used by others. After all, the solutions are financed by taxpayers' money and should be accessible to all, unless this conflicts with data protection and data security. Digital solutions should not be used to create and continue to use immaterial ownership rights, but should promote general benefit, at least in the area of good governance. Based on this principle, there is, for example, the GovStack initiative,¹³ which enables the governments involved to use solutions developed in other countries and thus conserve state resources.

¹² <https://Lawlibrary.info>.

¹³ GovStack – Digital Impact Alliance (dial.global).

Reuse and improve

In this respect, it is actually an embodiment of the principle of taking the local situation into account. In addition to cultural peculiarities and traditions, the solutions must of course be integrated into the already existing context. The wheel does not have to be reinvented every time. The principle is also valid for the development of legal solutions. Too often, the first thing the experts in legal reform projects suggest is to do everything from scratch. Here, too, the Bosnian example of the law on obligations and offences can be used, but unfortunately there are enough examples in which this principle has not been considered, especially in the area of support for legal reforms.

Address privacy and security

Digital solutions use a wide variety of networking options, often via the Internet. This carries the risk of abusive access. Not only with the General Data Protection Regulation and regarding the protection of personal data, but also with regard to data security, care must be taken to ensure that, on the one hand, only such data is collected that is necessary for the defined purpose and must be protected in such a way that misuse and manipulation are further excluded.

Be collaborative

In this respect, too, it is not really a specific nature of projects that deal with digital solutions, but appeals to the exchange of information and experience, as is already the case with the principle of open data and sources.

CONCLUDING REMARKS

In 1996, I carried out my first mission in the field of legal and judicial reform. It was a judge training in Baruun Urt, a small town on the edge of the Gobi Desert in Mongolia. I have been fortunate to have a career in an area that has always been close to my heart: supporting and being part of legal and judicial reforms. After 23 years, I have had to reorient myself and now work in the more general area of good governance but continue to observe what is close to my core of interest: The development of law and, more recently, the influence of digitization on law. The digital principles now in force can be seen as an example of sensible development cooperation geared to the needs of partner countries. Many of these principles can be used, especially in the area of support for legal reform. This is no coincidence.

What is law but an instrument for creating greater justice? In this respect, the law is one of the tools necessary for a just society, whether digital or not.

Dr THOMAS MEYER

Direktor programa „Dobra uprava u Ukrajini“, GIZ

Savezno ministarstvo za ekonomsku saradnju i razvoj Nemačke

DIGITALNI PRINCIPI – NOVI STANDARDI ZA DIGITALNA REŠENJA

Rezime

Nakon kratkog osvrtu o nedavnim dešavanjima u nemačkom pravnom sistemu u vezi sa digitalizacijom, ovaj rad predstavlja međunarodnu inicijativu koja definiše principe za digitalna rešenja. Čak i kada ovi principi nisu pravni akt već međunarodna inicijativa, o njima valja raspravljati, ako se putem takvih inicijativa može uticati na saradnju u daljem razvoju prava.

Ključne reči: digitalizacija, digitalni principi, Zakon o digitalnom tržištu, Zakon o digitalnim uslugama, Nemački zakon o primeni Direktive o digitalizaciji

Bibliography

Heckschen H., Knaier R., “Further digitization of corporate law (DIREG)”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2022.

Kumkar L. K., “Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren – Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten”, *Recht Digital*, 2022.

Lieder J., “Das DIREG – Mehr Digitalisierung wagen?!”, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2022.

Meyer T., “How to drill the Internet”, 34. *susret Kopaoničke škole prirodnog prava “Slobodan Perović” – Primena prava i pravna sigurnost*, 2021.

The Principles of Digital Development Cooperation, “27 years of cooperation on legal and judicial reforms in the South-Caucasus”, https://youtu.be/zdA5TL_T1nU.

PEER COMMENTARY

LJUBINKA KOVAČEVIĆ

POJAM RADNE PRAKSE I PRAVNI POLOŽAJ PRAKTIKANATA – VAŽNIJA RADNOPRAVNA PITANJA

Suočene s problemom nezaposlenosti mladih, mnoge savremene države nastoje da osmisle i primene (pravne i vanpravne) instrumente koji će doprineti lakšoj integraciji i unapređenju položaja mladih na tržištu rada. U te instrumente ubrajaju se i radne prakse, koje mladim radnicima omogućavaju sticanje radnog iskustva, praktičnih znanja i veština, između ostalog, i kroz obavljanje profesionalnih zadataka pod nadzorom poslodavca. Ipak, određeni broj poslodavaca zloupotrebljava ovaj institut, posebno kada je reč o radnim praksama koje se organizuju bez učešća i nadzora obrazovnih ustanova i javne službe za zapošljavanje (tzv. radne prakse na otvorenom tržištu). To naročito podrazumeva rizik organizovanja prividnih radnih praksi, odnosno korišćenje rada praktikanata za zamenu „redovnih“ zaposlenih za čijim radom postoji trajna ili trajnija potreba. Takođe, poslodavci u većem broju država pribegavaju organizovanju radnih praksi bez ili uz skromne naknade, čime se one pretvaraju u novi oblik prekarnog rada, odnosno u vid eksploatacije mladih radnika. Rešavanje naznačenih problema naročito otežava činjenica da je obavljanje radnih praksi u mnogim državama pravno neuređeno, da ne postoji univerzalno prihvaćena definicija radne prakse, te da u sudskoj praksi redovno nisu izgrađeni pouzdani kriterijumi za kvalifikaciju praktikanata i njihovo razgraničenje od drugih radnika. Isto vredi i za naš pravni sistem, s tim što je 2021. godine izrađen Nacrt zakona o radnoj praksi. To je opredelilo autorku da u članku razmotri važnije radnopravne nedoumice koje se otvaraju

Prof. dr Ljubinka Kovačević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ljubinka@ius.bg.ac.rs. Članak predstavlja rezultat istraživanja sprovedenog u 2022. godini, u okviru naučnog projekta „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

u vezi s organizovanjem radnih praksi na otvorenom tržištu, kao i u vezi s njihovim uređivanjem u domaćem, uporednom i međunarodnom pravu.

Ključne reči: *mladi radnici, radno iskustvo, prividne radne prakse, naknada za obavljanje radne prakse*

U V O D

Kako su savremena društva postala *društva znanja*, primena i unapređivanje znanja pojavljuje se kao važno obeležje savremenog razvoja.¹ U tim uslovima, *stručna sprema, odnosno kvalifikacije*, predstavljaju jedan od najvažnijih posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, budući da obrazovanje doprinosi stvaranju sposobnosti, veština i umeća neophodnih za izvršavanje radnih zadataka.² Stručna sprema, odnosno kvalifikacije svedoče, naime, o posedovanju znanja koja se stiču učenjem, odnosno studiranjem, kao i o posedovanju veština zasnovanih na znanju (engl. *knowledge-based skills*), poput numeričkih veština ili sposobnosti predstavljanja ideja i rezultata rada pisanim i usmenim putem. Osim toga, posebni uslovi za zasnivanje radnog odnosa mogu biti vezani i za praktične veštine, a, zatim, i za *radno iskustvo*, kao vreme koje je radnik proveo u efektivnom obavljanju određenog posla, u okviru ili van radnog odnosa, zbog čega ispunjenost ovog uslova podrazumeva sposobnost za samostalno obavljanje istog ili istovrsnog posla.³ S tim u vezi, treba imati u vidu da u postupku zasnivanja radnog odnosa, nemali broj poslodavaca posmatra kvalifikacije kao „inicijalni“ kriterijum za izbor kandidata za zaposlenje, na osnovu kog se, dalje, formira tzv. uži krug kandidata, među kojima se izbor dodatno sužava, upravo, na osnovu radnog iskustva, dok se finalni izbor kandidata zasniva, pre svega, na suptilnim veštinama, tj. na komunikacionim i drugim ličnim karakteristikama radnika.⁴ Poslodavci, naime, veruju da radno iskustvo predstavlja važan dokaz o tome kako radnik primenjuje (formalno i neformalno) stečeno znanje i veštine, odnosno „vid implicitne akreditacije“ stečenih znanja

¹ Bojan Komnenović, Predrag Lažetić, Martina Vukasović, *Nacionalni okvir kvalifikacija*, Centar za obrazovne politike, Beograd, 2010, 13.

² Motohisa Kaneko, „Higher education and work in Japan: Characteristics and challenges“, *Japan Labor Review*, br. 2, 2014, 5.

³ Potrebno vreme koje je lice provelo u obavljanju određenog posla se, po pravilu, računa pošto je ono steklo određeni stepen i vrstu stručne spreme (vrstu i nivo kvalifikacija), dakle, kao radno iskustvo u struci. Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, 117; Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Beograd, 2020, 118.

⁴ Jim Hillage, Ema Pollard, „Employability: Developing a framework for policy analysis“, *Research Brief*, No. 85, Institute for Employment Studies, London, 1998, 18.

i veština.⁵ Naravno, od ovog pravila postoje i izuzeci, pre svega ako kandidati konkurišu za zaposlenje odmah po završenoj školi ili fakultetu, premda i u pogledu njih, radno iskustvo može biti korišćeno kao kriterijum za izbor, ukoliko je školovanje podrazumevalo i radnu praksu ili sticanje praktičnih veština na drugi način. S druge strane, neopravdano utvrđivanje uslova za zasnivanje radnog odnosa koji se tiče radnog iskustva može predstavljati nepremostivu prepreku za zapošljavanje mladih radnika, ali i vid njihove diskriminacije, jer se, u slučaju propisivanja uslova koji je tiče radnog iskustva, mladi radnici nalaze u situaciji koja se kolokvijalno može označiti naslovom Helerovog (*Joseph Heller*) popularnog romana *Kvaka 22*, budući da radno iskustvo predstavlja poseban uslov za zasnivanje radnog odnosa, a oni ne mogu da steknu radno iskustvo bez zasnivanja radnog odnosa ili radnog angažovanja (van radnog odnosa) na tačno određenom poslu.

Mladi radnici (radnici uzrasta od 15 do 30 godina) suočavaju se pritom s nemalim teškoćama da pronađu i očuvaju zaposlenje, naročito zaposlenje koje odgovara njihovom obrazovanju, potrebama i interesovanjima.⁶ Nezaposlenost mladih je, međutim, tek vrh ledenog brega, ispod kog se nalaze brojni slojevi – od njihove podzaposlenosti, preko rada za zaradu koja ne obezbeđuje dostojan životni standard, do rada „na crno“. Prinuđenost da rade kako bi obezbedili sredstva za izdržavanje, mnoge mlade, nažalost, sprečava i da nastave školovanje ili da budu uspešni učenici i studenti, što je skopčano i s nemogućnošću da steknu znanja kojima se unapređuje zapošljivost. S druge strane, do prelaska u svet rada dolazi u periodu tokom kog se pojedinac intenzivno razvija i u psihološkom i u socijalnom smislu, a od čega umnogome zavisi i njegov položaj u kasnijim stadijumima života. Negativna iskustva vezana za prelazak mladih u svet rada, stoga, u kasnijim godinama mogu imati za posledicu nesigurnost i socijalnu marginalizaciju radnika, kao i njihovo zapošljavanje na niskoplaćenim i drugim nekvalitetnim poslovima, što zajedno neretko dovodi do siromaštva ovih lica.⁷

Na fragilnost položaja mladih prilikom stupanja u svet rada utiče više činilaca, uključujući neodgovarajuće obrazovanje i obuku (i posledičnu nedovoljnu pripremljenost mladih za posao), nepostojanje odgovarajućeg institucionalnog okvira koji bi ih usmeravao i podržavao prilikom izbora zanimanja i pronalaženja i očuvanja zaposlenja, te strukture tržišta rada, koja je takva da otežava pronalaženje

⁵ *Ibidem*.

⁶ „Working conditions of young entrants to the labour market“, IKEI Research and Consultancy, Dublin, 2013, 41.

⁷ „The youth employment crisis: Time for action“, International Labour Conference, 101st Session, Geneva, 2012, st. 78.

prvog zaposlenja.⁸ Na to se nadovezuju i nedostatak iskustva i manja efikasnost (odnosno stereotipi o manjoj efikasnosti) mladih u poređenju sa starijim radnicima, što poslodavce odvraća od zapošljavanja mladih, a mlade uvodi u začarani krug. Takođe, poslodavci često ne sagledavaju u celosti produktivnost i veštine mladih radnika, već ih, zbog nedostatka radnog iskustva, po pravilu, zapošljavaju na poslovima koji zahtevaju kvalifikacije niže od onih koje poseduju. Premda zapošljavanje na nesigurnim i nižim poslovima omogućava snižavanje nezaposlenosti mladih, te vrste radnog angažovanja mogu za njih predstavljati i svojevrstu zamku. Ovo stoga što pružaju skromnije mogućnosti za obuku u poređenju sa standardnim ugovorom o radu, te onemogućavaju pronalaženje stabilnijih ili bolje plaćenih poslova, zbog čega se neretko odlaže i osamostaljivanje od roditelja i formiranje sopstvene porodice.⁹ S druge strane, i ukoliko se zaposle, u slučaju viška zaposlenih, mladi radnici prvi ostaju bez posla, pre svega zbog činjenice da za poslodavca nisu radili dovoljno dugo da bi mogli da razviju veštine i sposobnosti koje su od presudnog značaja za dobro funkcionisanje preduzeća, a, zatim, i zbog činjenice da je njihovo otpuštanje jeftinije, pre svega, zbog nižih otpremnina. Usled ovih i niza drugih činilaca, prelazak mladih u svet rada može biti neuspešan, što dalje intenzivira rizike siromaštva, socijalne isključenosti, u nekim slučajevima, čak i kriminalizacije ponašanja mladih, dok društvo rasipa i gubi dragocene mogućnosti za podmlađivanje radne snage.¹⁰

Jedan od instrumenata za borbu protiv nezaposlenosti, podzaposlenosti, radne eksploatacije i siromaštva mladih predstavljaju radne prakse. One se poslednjih godina, široko koriste u čitavom nizu profesija: primera radi, u Evropskoj uniji (EU), svake godine, prakse obavi oko četiri miliona lica uzrasta 15–34 godine.¹¹ Četvrtina tih praksi se organizuje u okviru obrazovnih programa ili programa obuka, dok 14 posto praktikanata obavlja tzv. radne prakse na otvorenom tržištu.¹² Široka primena ovog instituta sigurno se može objasniti prednostima radnih praksi, budući da radno iskustvo, znanja i veštine stečene obavljanjem radnih praksi uvećavaju sposobnost radnikâ da pronađu i zadrže zaposlenje, da napreduju u profesionalnoj karijeri, da se prilagođavaju promenama na tržištu i da bez teškoća učestvuju u tržištu rada, u različitim životnim periodima. Ipak, ne smeju se gubiti iz vida ni nedostaci radnih praksi, počevši od činjenice da one nekada ne obezbeđuju

⁸ *Ibidem*, st. 21.

⁹ Glenda Quintini, John P. Martin, Sébastien Martin, „The changing nature of the school-to-work transition process in OECD countries“, *Discussion Paper*, No. 2582, Bonn, 2007, 12.

¹⁰ International Labour Conference, 101st Session, st. 23.

¹¹ Klaus Müller, *The quality of traineeships in the EU. European added value assesment*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2022, 2.

¹² *Ibidem*.

praktikantima obećanu obuku, niti omogućavaju sticanje veština i praktičnih znanja. Osim toga, ne treba zaboraviti da obavljena radna praksa ne znači nužno i ulazak u svet rada, dok su neplaćene radne prakse, baš kao i prakse kod kojih praktikantu pripada pravo na skromnu naknadu, teško dostupne siromašnim licima, kao i licima iz ruralnih ili udaljenih gradskih područja, koja teško mogu da priušte ovu vrstu aktivnosti.¹³ Konačno, organizovanje besplatnih ili nisko plaćenih radnih praksi natkriljuje i rizik zloupotrebe ovog instituta, odnosno njegovo korišćenje za zamenu „redovnih“ zaposlenih i zaobilaženje primene radnog, socijalnog i poreškog zakonodavstva.

Kada je reč o Republici Srbiji, propisi o zapošljavanju i obrazovanju ne uvažavaju u dovoljnoj meri potrebu pružanja pomoći mladima prilikom prelaska iz sveta obrazovanja u svet rada. Takođe, izostaje i tesna povezanost obrazovne politike s politikom zapošljavanja, iako su u poslednjih par godina usvojeni zakoni koji uređuju organizovanje prakse koja se obavlja kao deo stručnog ili visokog obrazovanja. Uređene su i prakse koje se organizuju pod okriljem programa aktivnog tržišta rada, a mogućnosti za sticanje radnog iskustva, praktičnih znanja i veština van nastavnih kurikuluma obezbeđene su i zakonskim pravilima o pripravnničkom radu. Takođe, u praksi se kao osnov za sticanje radnog iskustva koristi i ugovor o volontiranju, iako je takav pristup neprihvatljiv iz ugla osnovnih vrednosti i ciljeva volontiranja. Konačno, u Republici Srbiji se organizuju i radne prakse na otvorenom tržištu, bez neposrednog učešća i/ili kontrole obrazovnih ustanova i Nacionalne službe za zapošljavanje, i bez njihove odgovornosti za sadržinu prakse i uslove rada praktikanata. Ovaj oblik obavljanja radnih praksi nije, međutim, uređen heteronomnim izvorima prava, ali je u novembru 2021. godine izrađen Nacrt zakona o radnoj praksi, zbog čega su u članku, važnija rešenja Nacrta sagledana u uporednoj i međunarodnopravnoj perspektivi.

POJAM RADNIH PRAKSI

Određenje pojma i tipologizovanje radnih praksi

Pitanje određenja pojma radne prakse, svakako, spada u najdelikatnija pitanja u ovoj oblasti, posebno što ne postoji opšte prihvaćena definicija radne prakse, baš kao što izostaje i ujednačena terminologija koja bi se disciplinovano i dosledno

¹³ Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O`Higgins, Anne Hewitt, „Developing new standards for internships“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O`Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 336.

koristila za označavanje prakse koju obavljaju lica koja, kroz rad za drugog, stiču radno iskustvo, veštine i praktična znanja (*traineeship, internship, placement, practicum*; fr. *stage*).¹⁴ Ovaj problem čini se većim zbog činjenice da se praktikanti angažuju na različite načine, od, doduše retkog, zaključivanja ugovora o radu, preko zaključivanja ugovora o volontiranju (iako je to suprotno svrsi i koncepciji voloniranja), do angažovanja bez ikakvog pravnog osnova.

Definisanje pojma radne prakse otežava i činjenica da postoji nekoliko *vrsta radnih praksi*. One se, najpre, mogu podeliti na *plaćene* i *besplatne* radne prakse, ali se za pravnu nauku relevantnijom čini *razlikovanje radnih praksi po njihovim funkcijama i ciljevima*. Reč je, preciznije o podeli radnih praksi prema tome da li se obavljaju kako bi se ispunili zahtevi određenog obrazovnog programa ili programa obuke, ili kako bi se ostvarili ciljevi programa aktivnog tržišta rada, ili pak kako bi poslodavac imao bolji uvid u potencijalne kandidate za zaposlenje, a radnici uvid u način rada u određenoj radnoj sredini. U tom smislu, prva vrsta radnih praksi se obavlja kao *deo srednjeg* ili *visokog obrazovanja*, tj. u okviru obrazovnih programa, koje se organizuju uz posredovanje ovlašćene obrazovne institucije; drugu vrstu čine *prakse koje se obavljaju u okviru obavezne profesionalne obuke* i koje se propisuju kao uslov za samostalno obavljanje određenih poslova/zanimanja (npr. u oblasti prava, medicine, arhitekture, obrazovanja); treću vrstu predstavljaju *prakse koje se organizuju kao sastavni deo programa aktivnog tržišta rada*, koje vlade i javne službe za zapošljavanje osmišljavaju i primenjuju kao vid pomoći nezaposlenim licima, dok se četvrta vrsta praksi organizuje *na otvorenom tržištu*, bez učešća treće strane, koja bi na neki način povezivala poslodavca i praktikanta i nadzirala uslove

¹⁴ Termin *internship* je izvorno korišćen u SAD, za označavanje prakse koju su obavezno obavljali diplomci medicinskih fakulteta u bolnicama, pod nadzorom starijih kolega i uz nisku naknadu. Tridesetih godina prošlog veka, ovaj pojam počinje da se koristi i za označavanje programa kojima je mladim radnicima omogućavano da steknu radno iskustvo u državnim organima, a kasnije i u političkim organizacijama. Poslednjih decenija dolazi, međutim, do šireg organizovanja radnih praksi i u tzv. privatnom sektoru, od privrednih društava do nevladinih organizacija. Kada je, međutim, reč o izrazu *stage*, njegovo poreklo vezuje za reč *stagium* iz latinskog jezika, koja označava sprat, a u primitivnom značenju i boravak (nav. prema: Dirk Baugard, „Les stages. Lois et décrets 2006“, *Droit social*, br. 3, 2012, 238; Andrew Stewart, „The nature and prevalence of internships“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’ Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 17). I u preindustrijskim društvima postojali su slični načini sticanja praktičnih znanja, veština i radnog iskustva, s tim što je odnos majstora i šegrta ili kalfe imao obeležja svojstvena zatvorenoj privredi, korporativnoj organizaciji rada i patrijarhalnom uređenju društvenih odnosa. Ova praksa, međutim, mnogo više odgovara današnjoj koncepciji pripravničkog rada nego radnih praksi. Debra D. Burke, Robert Carton, „The pedagogical, legal and ethical implications of unpaid internships“, *Journal of Legal Studies Education*, br. 1, 2013, 99–100.

obavljanja radne prakse. Uvođenje ili preoblikovanje različitih vrsta radnih praksi u poslednjih desetak godina dovelo je, pritom, do svojevrsne konfuzije u pogledu prava i obaveza svih učesnika uključenih u organizaciju navedenih radnih praksi,¹⁵ s tim što radne prakse na otvorenom tržištu natkriljuje posebno veliki rizik zloupotreba, upravo zbog činjenice da u njihovoj organizaciji ne učestvuje nosilac javnih ovlašćenja.

U Preporuci Saveta EU o kvalitativnom okviru za radne prakse, koja uređuje samo radne prakse na otvorenom tržištu i radne prakse koje su deo programa aktivnog tržišta rada, radna praksa je određena kao: „vremenski ograničen period prakse, bilo da je plaćen ili ne, koji uključuje komponentu učenja i obuke, a koji se preduzima u cilju sticanja praktičnog i profesionalnog iskustva, radi unapređenja zapošljivosti i olakšavanja prelaska na redovno zaposlenje.“¹⁶ U svetlu ove definicije, moguće je uočiti sledeće bitne elemente pojma radna praksa: a) preduzima se radi sticanja praktičnog i profesionalnog iskustva; b) obuhvata neki oblik učenja i obuke, a što varira od slučaja do slučaja; c) ograničenog je trajanja, te se njena dužina kreće od par nedelja do šest meseci ili izuzetno i godinu dana; d) može se smatrati radnim odnosom, ali ne mora nužno biti plaćena.¹⁷

Različiti pogledi na značenje pojma radna praksa izraženi su i u literaturi. S tim u vezi, najpre, treba navesti generičke definicije, koje nastoje da obuhvate različite vrste radnih praksi. To je, primera radi, slučaj s definicijom radne prakse kao aktivnosti koja se preduzima kao deo, paralelno sa, ili nakon formalnog programa obrazovanja i obuke, a koju organizuje poslodavac, na svoju inicijativu, ili na zahtev obrazovne ustanove/ustanove za obuku, ili pak na inicijativu praktikanta, a sve kako bi praktikant stekao radno iskustvo u određenoj organizaciji ili sektoru i uspostavio kontakte od značaja za buduću profesionalnu karijeru.¹⁸ Na istom fonu su i definicije u kojima se ovaj pojam lapidarno određuje kao „kontrolisano iskustveno učenje“,¹⁹ ili kao „oblik učenja zasnovanog na radu“,²⁰

¹⁵ European Committee of Social Rights, *European Youth Forum (YFJ) v. Belgium*, 8. 9. 2021 (Complaint No. 150/2017), 18.

¹⁶ Council Recommendation of 10 March 2014 on a Quality Framework for Traineeships (*Official Journal C 88*, 27. 3. 2014, 1–4), st. 27. Na sličnu definiciju nailazimo i na nivou Međunarodne organizacije rada (MOR): „bilo koji oblik učenja na poslu, koji licu (‘praktikantu’) omogućava da stiče radno iskustvo, radi unapređenja svoje zapošljivosti“ („A framework for quality apprenticeships“, International Labour Conference, 110th Session, Geneva, 2021, st. 272).

¹⁷ K. Müller, op. cit., 2.

¹⁸ A. Stewart, R. Owens, N. O’Higgins, A. Hewitt, op. cit., 335.

¹⁹ D. D. Burke, R. Carton, op. cit., 102.

²⁰ A. Stewart, op. cit., 20.

odnosno kao nadzirano sticanje iskustva u radnoj sredini,²¹ kao „na radu zasnovana šema učenja, koja kombinuje učenje s radom“, ili kao „praksa kraćeg ili srednjeg trajanja, s komponentom obuke, koja olakšava prelazak iz obrazovanja i obuke na tržište rada.“²² Takođe, u deskriptivne definicije radne prakse spada i definicija, po kojoj ovaj pojam podrazumeva period tokom kog lice privremeno obavlja aktivnost u preduzeću, radi sticanja praktičnih znanja i veština.²³

Navedene definicije ističu kao osnovno obeležje radne prakse njenu složenost, tj. njenu *dvojni prirodu*. Prvu komponentu radne prakse čini, naime, *rad za poslodavca*, koji se obavlja po poslodavčevim nalogima i uputstvima i pod njegovim nadzorom, po čemu je radna praksa slična radu u okviru radnog odnosa. Druga komponenta podrazumeva, međutim, *sticanje radnog iskustva, veština i praktičnih znanja*, zbog čega radna praksa liči na obrazovne instrumente koji se koriste u iste svrhe.²⁴ Ukazivanje na učenje i obučavanje praktikanta, kao na elemente radne prakse se, pritom, vezuje za učenje i obučavanje praktikanta u okviru posebnog programa radne prakse, koji je osmišljen da bi doveo do sticanja veština i praktičnih znanja.²⁵ To je važno imati u vidu, jer svaki rad, takođe, može dovesti do sticanja novih ili razvijanja postojećih veština i znanja. S druge strane, ne treba prenebregnuti ni činjenicu da radna praksa ne podrazumeva obiman program učenja i obuke, jer bi u u suprotnom bilo teško napraviti razliku između radne prakse i stručne obuke, koja se u mnogim pravnim sistemima obavlja po završetku određenog obrazovnog programa, ili, pak, nakon inicijalne obuke.²⁶

Drugo osnovno obeležje radnih praksi vezuje se za činjenicu da one omogućavaju radniku da *obavlja profesionalne zadatke i da o njima razmišlja u stvarnoj radnoj sredini*. Time se praktikantu omogućava da stekne realnu sliku o nameravanoj profesiji, da učestvuje u rešavanju stvarnih problema, da primenjuje stečena znanja, da gradi mrežu svojih profesionalnih kontakata i da stekne

²¹ Nicole Fortin, *Penser les stages*, Ministère de l'éducation, Direction générale de l'enseignement collégial, Cégep du Vieux-Québec, Services pédagogiques, Centre de ressources didactiques, Montréal, 1984, 24.

²² Annika Rosin, *Labour law protection of trainees*, PhD dissertation, University of Turku, Turku, 2017, 10–11.

²³ D. Baugard, op. cit., 238.

²⁴ A. Rosin (2017), op. cit., 11.

²⁵ A. Stewart, op. cit., 20.

²⁶ Bernd Waas, „Rights and obligations in the context of internships and traineeships: A German perspective“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O' Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 117.

stvarno i relevantno radno iskustvo.²⁷ Ipak, za razliku od pripravničkog rada, radna praksa ne podrazumeva obuku usmerenu na sve kompetencije neophodne za samostalno obavljanje određenog zanimanja, zbog čega se pojam radne prakse određuje i kao „izvršavanje rada u preduzeću ili organizaciji, koje ima za osnovni cilj sticanje iskustva, veština i/ili kontakata koji će u budućnosti pomoći radniku da dobije zaposlenje ili druge mogućnosti za rad, ali koje nije usmereno na to da mu na strukturirani način, obezbedi sve veštine potrebne za određeno zanimanje“.²⁸

Neka od navedenih obeležja radnih praksi izričito su pomenuta u retkim zakonskim definicijama ovog pojma. Tako je, primera radi, po uzoru na definiciju iz Preporuke Saveta EU, severnomakedonskim Zakonom o praksama ovaj pojam određen kao „radna aktivnost koja uključuje komponentu rada kroz učenje i dobijanje praktičnih veština za rad, a koja se realizuje tokom ograničenog vremenskog perioda, u cilju sticanja praktičnog i profesionalnog iskustva, unapređenja zapošljivosti i pomoći u prelasku na redovno zaposlenje“.²⁹ Sličnu definiciju sadrži i Zakonik o radu Bugarske: „radna praksa je izvršavanje rada pod mentorstvom poslodavca ili lica koje on odredi – mentora, u cilju usvajanja praktičnih umeća, po pristupanju određenoj profesiji ili specijalizaciji.“³⁰ Kada je, pak reč o rumunskom Zakonu o radnoj praksi, predmetni pojam može se rekonstruisati na osnovu definicije ugovora o radnoj praksi, te podrazumeva ograničeni vremenski period, tokom kog se praktikant priprema za profesionalnu karijeru i izvršava specifične aktivnosti pod vlašću poslodavca, koji je dužan da mu obezbedi naknadu za obavljanje radne prakse i druge uslove za postizanje naznačenog cilja radne prakse.³¹ Konačno, u gruzijskom pravu, definicija radne prakse može se rekonstruisati na osnovu definicije praktikanta koja je sadržana u Zakoniku o radu.³² U ovom pravnom sistemu, radna praksa se, naime, razume kao plaćeni ili neplaćeni rad, koji fizičko lice obavlja za poslodavca, kako bi „unapredilo svoje kvalifikacije i steklo profesionalno znanje, veštine ili praktično iskustvo.“³³

²⁷ D. D. Burke, R. Carton, op. cit., 103.

²⁸ A. Stewart, op. cit., 22.

²⁹ Zakon za praktikantstvo, *Služben vesnik na Republika Severna Makedonija*, br. 98/19, čl. 2, st. 1, tač. 1.

³⁰ Kodeks na truda, *Državen vestnik*, br. 26/86, ... 58/22, čl. 233a).

³¹ Lege Nr. 176/2018 din 17 iulie 2018, *Monitorul oficial*, Nr. 626 din 19 iulie 2018, čl. 2, tač. e).

³² Zakon br. 7177, od 29. septembra 2020. godine, čl. 18, st. 1.

³³ Nav. prema: Ekaterine Kardava, „Regulation of internship in Georgian and EU legislation“, *Journal of Law*, br. 2, 2021, 116.

Nacrtom zakona o radnoj praksi Republike Srbije (2021), radna praksa je, po uzoru na evropsku definiciju ovog pojma, određena kao „radno angažovanje ograničenog trajanja, koje organizuje poslodavac, a koje praktikantu omogućava da stekne praktično iskustvo, specifična znanja i odgovarajuće veštine u određenom zanimanju“, i to „u cilju unapređenja zapošljivosti, odnosno stvaranja mogućnosti za zapošljavanje i samozapošljavanje“.³⁴ Područje primene budućeg zakona, pritom, obuhvata kako radne prakse u tzv. privatnom sektoru, tako i radne prakse u javnoj upravi. To rešenje treba pozdraviti, iako je uvođenje mogućnosti za organizovanje radnih praksi u službenički sistem, zbog osobenosti i složenosti tog sistema, skopčano s određenim izazovima. Ovo tim pre što organizovanje radne prakse nije usmereno samo na to da poslodavac obezbedi prenošenje iskustva i veština na nove generacije radnika, već doprinosi i ostvarivanju ciljeva politike zapošljavanja, pre svega onih vezanih za borbu protiv dugoročne nezaposlenosti. Navedena definicija se, pritom, odnosi samo na *radne prakse na otvorenom tržištu*, s tim što će se odredbe budućeg zakona primenjivati i na radne prakse koje organizuje Nacionalna služba za zapošljavanje, kao mere aktivne politike zapošljavanja. To, dalje, znači da, u smislu budućeg zakona, radnom praksom *ne* treba smatrati: praktičnu nastavu i profesionalnu praksu koja se ostvaruje kod poslodavca ili kombinovano delom u srednjoj školi, a delom kod poslodavca; učenje kroz rad kod poslodavca, koje je deo srednjeg stručnog obrazovanja i vaspitanja; studentsku praksu, koju visokoškolska ustanova organizuje kao deo određenog studijskog programa; praktičnu nastavu i praktičan rad kod poslodavca koje realizuju javno priznati organizatori aktivnosti obrazovanja odraslih; pripravnicički staž, kao ni volontiranje.³⁵

Odnos radnih praksi prema srodnim pojmovima

Preciziranju pojma radna praksa doprinosi i njegovo *razgraničenje od drugih srodnih pojmova*. To, pre svega, vredi za pojam *pripravnčkog rada*, koji se obavlja u okviru radnog odnosa, pri čemu je osnovni cilj zasnivanja ove vrste radnog odnosa preusmeren s ostvarivanja zarade na osposobljavanje radnika za samostalan rad u zanimanju za koje je on stekao odgovarajuću vrstu i stepen stručne spreme (nivo i vrstu kvalifikacija), dok je ostvarivanje zarade sekundarni cilj pripravnčkog rada. Ono što čini sličnim pripravnčki rad i radnu praksu jeste činjenica da obe vrste angažovanja sadrže elemente obuke i učenja, s tim što se obuka pripravnika odnosi na sve kompetencije neophodne za samostalno obavljanje određenog zanimanja,

³⁴ Nacrt zakona o radnoj praksi (2021), čl. 1, st. 1 i čl. 3, st. 1, <https://www.minrzs.gov.rs/sites/default/files/2021-12/Nacrt%20zakona%20o%20radnoj%20praksi.doc>. 27. 7. 2022.

³⁵ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 3, st. 3.

za razliku od radnih praksi koje su usmerene ka sticanju nekakvog opšteg iskustva vezanog za tačno određenu vrstu rada.³⁶ Pripravnički rad, naime, podrazumeva sistematično osposobljavanje radnika na mestu rada, a u nekim slučajevima, i u centrima za obuku ili obrazovnim ustanovama, zbog čega redovno traje duže od radnih praksi.³⁷

Iako radna praksa, za razliku od *radnog odnosa*, uključuje ne samo rad za drugog, već i sticanje veština i praktičnih znanja, nije lako povući matematički preciznu liniju razgraničenja između ovih dvaju pojmova. S tim u vezi, treba imati u vidu da se u francuskoj sudskoj praksi i delu teorije, tradicionalno uočavaju dva osnovna kriterijuma za razgraničenje radne prakse od radnog odnosa. Prvi do njih tiče se *pravne subordinacije*, kao bitnog elementa radnog odnosa, koji podrazumeva obavezu zaposlenog da radi pod upravljачkom, normativnom i disciplinskom vlašću poslodavca, dok se drugi kriterijum tiče činjenice da, za razliku od radnog odnosa, *radna praksa ne podrazumeva „stvarnu prestaciju rada“*.³⁸ Ipak, većinski deo francuskih pisaca smatra da se pravna subordinacija ne može koristiti kao pouzdani kriterijum za razgraničenje radne prakse od radnog odnosa, budući da su i praktikanti dužni da se podređuju vlasti poslodavca, odnosno da im poslodavac izdaje naloge i uputstva za rad, te organizuje, vrednuje, nadzire i uređuje njihov rad.³⁹ Isto je rezonovao i Kasacioni sud, našavši u jednom predmetu da praktikant izvršava profesionalne zadatke pod vlašću poslodavca, pri čemu je poslodavčeva vlast stvarna i ne svodi se na puko fizičko prisustvo praktikanta u poslovnim prostorijama poslodavca.⁴⁰ Kritičari stava da pravna subordinacija nije pouzdani kriterijum za razgraničenje radne prakse i radnog odnosa, međutim, s pravom, ukazuju na to da svaki odnos vlasti nužno ne proizvodi pravnu subordinaciju, makar ne onakvu kakva postoji u radnom odnosu.⁴¹ Upravo to čini bezmalo filigransku razliku između vlasti koju poslodavac ima prema zaposlenima i vlasti koju ima prema praktikantima, a što je naročito vidljivo kod *disciplinskih ovlašćenja poslodavca*.⁴² Za razliku od povreda radnih obaveza i nepoštovanja radne discipline, za koje može da kažnjava svoje zaposlene, poslodavac ne može da kažnjava praktikante za neizvršavanje

³⁶ A. Stewart, op. cit., 21.

³⁷ A. Rosin (2017), op. cit., 11.

³⁸ D. Baugard, op. cit., 240.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 3 octobre 1991, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 388, nav. prema D. Baugard, op. cit., 240–241.

⁴¹ D. Baugard, op. cit., 241.

⁴² *Ibidem*.

profesionalnih zadataka, lošu saradnju s mentorom i druge propuste. Potonji stav trpi, međutim, ogradu, koja se tiče situacija u kojima poslodavac može da, u skladu s opštim pravilima ugovornog prava, inicira prestanak ugovora o radnoj praksi, ukoliko je ponašanje druge strane tako ozbiljno da opravdava jednostrano okončanje ugovora zbog određene opasnosti. Dakle, u ovom slučaju poslodavac može kazniti praktikanta njegovim isključenjem iz radne sredine, što odgovara najtežoj vrsti disciplinske kazne za zaposlene, ali zato nema na raspolaganju druge kazne, niti može da ih postepeno primenjuje i individualizuje, kao što je to slučaj s disciplinskim ovlašćenjima koja omogućavaju očuvanje dobrog funkcionisanja preduzeća, korekciju ponašanja zaposlenog koji je povredio radnu disciplinu i preventivno delovanje u odnosu na ostale zaposlene.

Stav da pravna subordinacija nije obeležje koje razlikuje radnu praksu od radnog odnosa dele i autori iz drugih država, poput Rosinove (Rosin) i Mudove (Muda), koje smatraju da se pred sudovima nalazi izazovan zadatak uočavanja drugog/drugih kriterijuma za ovo razgraničenje.⁴³ Francuski sudovi, primera radi, kao takav kriterijum afirmišu činjenicu da ugovor o radu podrazumeva aktivnost koja ima „vrednost za razmenu“, dok se radna praksa obavlja isključivo u cilju sticanja iskustva, veština i praktičnih znanja.⁴⁴ Reč je, preciznije, o stavu da se, i pored rada praktikanta pod vlašću poslodavca, radna praksa razlikuje od radnog odnosa prema prirodi funkcija koje obavlja praktikant. Tome se neretko dodaje i nedostupnost svih sredstava rada koje poslodavac inače obezbeđuje zaposlenima, te neispunjenost posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa koji se tiču radnog iskustva i sposobnosti za samostalno obavljanje posla, odnosno to što praktikant, kakve god da ima kvalitete, ne može da postigne onaj nivo samostalnosti i efikasnosti u radu koji imaju zaposleni.⁴⁵ Reč je, preciznije, o činjenici da praktikant, budući da nema

⁴³ Annika Rosin, Merle Muda, „Labour law status of a trainee: The Estonian situation with comparative insights from Finland, France and the US“, *European Labour Law Journal*, br. 4, 2013, 292.

⁴⁴ D. Baugard, op. cit., 241. Ipak, ne treba gubiti iz vida da u nekim slučajevima, radna praksa nije ograničena na posmatranje radnog procesa i simuliranje profesionalnih zadataka, već uključuje i „stvarni“ ili produktivni rad. Ipak, ni tada se kao osnovi cilj radne prakse ne pojavljuje stavljanje poslodavcu radnih sposobnosti praktikanta na raspolaganje (A. Stewart, op. cit., 23). Suprotno, u estonskoj sudskoj praksi se smatra da praktikanti izvršavaju rad na isti način kao i zaposleni i da zbog subordinacije, očekivanja naknade za obavljanje radne prakse i rada u korist poslodavca – imaju pravo na zaradu. U tom smislu se ističe da se sticanje znanja i veština i ostvarivanje naknade – međusobno ne isključuju. Uprkos ovakvom tumačenju Zakona o ugovorima o radu, u stvarnosti, praktikanti redovno nisu plaćeni za obavljanje radne prakse. Nav. prema: Anika Rosin, Merle Erikson, „A trainee right to a wage: The Estonian situation with comparative insights from Slovenia, the United States of America and Finland“, *European Journal of Social Law*, br. 3, 2014, 200 i 204–205.

⁴⁵ D. Baugard, op. cit., 242–243.

potrebno radno iskustvo, veštine i praktična znanja, ne može da zadovolji potrebe poslodavca za obavljanjem poslova, zbog čega mu i ne može biti povereno obavljanje trajnih ili privremenih poslova, već samo obavljanje određenih profesionalnih zadataka, i to samo pod nadzorom poslodavca.⁴⁶ Slično je rezonovao i nemački Savezni sud za radne sprove, kada je radnu praksu na otvorenom tržištu definisao na sledeći način: „Radna praksa, može imati širok spektar oblika, zavisno od potreba profesije u pitanju i njenog specifičnog cilja. Ona se razlikuje od stručne obuke po tome što predstavlja dodatnu obuku usmerenu ka produblivanju ili proširivanju postojeće obuke u određenom obimu, dok se od radnog odnosa razlikuje po tome što praktikant trajno ne obavlja rad koji je neophodan za preduzeće, niti rad koji ima za cilj zamenu neophodnog radnika i za koji se ostvaruje zarada, već, povrh neophodnih radnika, postaje aktivan radi svoje obuke, odnosno radi svoje dalje obuke.“⁴⁷

Na sličnom fonu je i stav koji je Vrhovni sud SAD zauzeo pre skoro sedam decenija, povodom prakse koju železnice tradicionalno organizuju za kočničare.⁴⁸ Premda je trajanje ove prakse (zapravo, kursa) mnogo kraće od uobičajenog trajanja radnih praksi, interesantno je da je Sud kao osnovno obeležje radne prakse, po kom se ona razlikuje od radnog odnosa, uočio to što *rad praktikanta služi samo njegovom interesu, tako da poslodavac od tog rada ne ostvaruje nikakvu neposrednu korist*. U tom smislu, praktikant je definisan kao lice koje radi „bez obećanja ili očekivanja naknade, već isključivo za svoju ličnu svrhu ili zadovoljstvo“.⁴⁹ Ovde je, preciznije, bilo reči o praksi od sedam-osam dana, tokom kojih se svaki praktikant uči rutinskim aktivnostima, najpre samo njihovim posmatranjem, a zatim i njihovim postepenim neposrednim izvršavanjem, pod nadzorom zaposlenih. Rad praktikanta, pritom, ne zamenjuje rad postojećih zaposlenih, već oni, i za vreme trajanja kursa, sami obavljaju veliku većinu svojih radnih zadataka i neposredno nadziru rad praktikanata. S tim u vezi, treba imati u vidu da rad praktikanata ne ubrzava izvršavanje manevarskih aktivnosti na železnici, već ih u nekim slučajevima može i usporiti. Osim toga, praktikant koji s uspehom učestvuje u kursu, po njegovom završetku, retroaktivno ostvaruje naknadu za rad u iznosu od četiri dolara za svaki dan obuke. Jedan od ovih praktikanta je, međutim, pokrenuo sudski postupak zbog povrede obaveze poslodavca da vodi evidenciju o zaradama svojih zaposlenih i da im isplaćuje zarade koje nisu niže od minimalne zarade. Vrhovni sud je zaključio da se praktikanti ne mogu kvalifikovati kao zaposleni, u smislu odredaba Zakona o poštenim radnim

⁴⁶ *Ibidem*, 249.

⁴⁷ Bundesarbeitsgericht, 21. 12. 1954, AZR 76/53, nav. prema: B. Waas, op. cit., 117.

⁴⁸ U.S. Supreme Court, *Walling v. Portland Terminal Co.*, 330 U.S. 148 (1947).

⁴⁹ Nav. prema: D. D. Burke, R. Carton, op. cit., 111.

standardima (*The Fair Labor Standards Act*), i da se, posledično, na tužioca ne primenjuju zakonska pravila o minimalnoj zaradi, budući da se ona odnose samo na zaposlene, pripravnike i učenike koji su zaposleni da, za zaradu, rade za poslodavca. Sud je, naime, ukazao da lica koja nemaju ili imaju tako malo radnog iskustva na određenim poslovima da ne mogu da se zaposle ili da samostalno obavljaju te poslove – ne mogu da ostvaruju zaradu koju ostvaruju radnici koji ispunjavaju uslove za samostalno obavljanje poslova. Ovo tim pre što rad praktikanata, zapravo, služi samo njihovom interesu, dok im poslodavac pomaže da se profesionalno razvijaju i, pritom, ne ostvaruje nikakvu neposrednu pogodnost od rada praktikanata. Takođe, obavezivanje poslodavca da ovim licima isplaćuje zaradu najmanje u visini minimalne zarade onemogućilo bi organizovanje radnih praksi, a posledično i zapošljavanje većeg broja lica. To je, na osnovu istorijskog i ciljnog tumačenja Zakona o poštenim radnim standardima, ocenjeno kao suprotno jednom od osnovnih ciljeva Zakona – cilju koji se tiče unapređenja mogućnosti za pronalaženje zaposlenja. U duhu tog cilja, Zakon ne sadrži kaučuk klauzulu, koja bi omogućavala uvođenje izuzetaka vezanih za ostvarivanje naknade za rad najmanje u iznosu minimalne zarade od strane drugih lica koja rade van radnog odnosa, posebno što bi time širom bila otvorena vrata za izigravanje zaštitnih normi: „Zakon o poštenim radnim standardima nije usvojen s namerom da se kažnjavaju železnice koje besplatno daju uputstva na mestu i na način od kog praktikanti mogu imati najviše koristi.“⁵⁰

U svetlu ove presude, američko ministarstvo nadležno za poslove rada utvrdilo je šest kumulativno određenih kriterijuma za pravnu kvalifikaciju praktikanta kod lukrativnih poslodavaca, koji se ne mogu smatrati zaposlenima, niti titularima prava na minimalnu zaradu: praktikant se angažuje u obrazovne svrhe, iako praksa može uključivati i obavljanje stvarnih profesionalnih zadataka; angažovanje se ostvaruje u korist praktikanta; angažovanje praktikanta ne služi zameni redovnih zaposlenih kod poslodavca; aktivnosti praktikanta ne obezbeđuju neposrednu korist poslodavcu; praktikantu koji obavi radnu praksu nije zajemčena stalna pozicija u preduzeću; naknada za obavljanje prakse nije očekivana niti obećana.⁵¹ Višedecenijska sudska praksa, koja se ticala plaćanja radnih praksi je, međutim, izmenjena 2011. godine, i to u korist stava da sudovi u svakom konkretnom slučaju treba da procenjuju da li praktikant ima pravo na naknadu za rad. To se čini primenom koncepcije primarnog korisnika (engl. *primary beneficiary approach*), po kojoj sud, u svakom konkretnom slučaju, treba da proceni da li je primarni korisnik ugovora o radnoj praksi praktikant ili poslodavac, što je u stvarnosti poslodavcima znatno

⁵⁰ U.S. Supreme Court, *Walling v. Portland Terminal Co.*, 330 U.S. 148 (1947).

⁵¹ Nav. prema: D. D. Burke, R. Carton, op. cit., 112.

olakšalo organizovanje besplatnih radnih praksi.⁵² Procena suda se, pritom, zasniva na kriterijumima za kvalifikaciju radne prakse, od kojih su neki identični ranije korišćenim kriterijumima (praktikant se angažuje u obrazovne svrhe; angažovanje praktikanta ne služi zameni redovnih zaposlenih; naknada za obavljanje prakse nije očekivana niti obećana), dok su preostali kriterijumi novi, poput ograničavanja radne prakse na period koji je potreban za usvajanje praktičnih znanja i veština.⁵³ Pritom se smatra da je poslodavac neposredni korisnik radne prakse, ukoliko organizuje radnu praksu koja je specifično i usko vezana za rad u preduzeću, zbog čega veštine i praktična znanja koja praktikant stekne, u velikoj meri ili čak uopšte, nisu od značaja za njegov rad kod drugog poslodavca.⁵⁴ Praktikant bi, u tom smislu, mogao imati koristi od radne prakse samo ukoliko bi se zaposlio kod poslodavca koji je organizovao radnu praksu, kao što je to, primera radi, bio slučaj s dvanaestonedeljnom radnom praksom u kazinu, za poziciju krupijea za igru koja je postojala samo u tom kazinu. To, dalje, znači da položaj praktikanta određuje, između ostalog, i to da li je obuka koju poslodavac obezbeđuje praktikantima specifično vezana za rad kod tog poslodavca ili obezbeđuje tzv. prenosive veštine i praktična znanja.⁵⁵ Praktikant, naime, samo u drugom slučaju stiče „univerzalne“ veštine, koje mu omogućavaju bolju integraciju na tržištu rada, bez vezivanja za određenog poslodavca.

Konačno, radne prakse treba razlikovati od *volontiranja*, kao dobročinog rada, koji se obavlja za opšte dobro ili za dobro drugog lica. Upravo u tome se i ogleda osnovna razlika između volontiranja i radnih praksi: radna praksa se organizuje u korist praktikanta, koji želi da stekne profesionalno iskustvo, dok se volonterski rad obavlja u korist drugog/drugih lica.⁵⁶ To, preciznije, znači da pojedinac, kroz volontiranje, može da posveti svoje slobodno vreme radu u opštem interesu i za plemenite ciljeve, dok radna praksa ima za svrhu sticanje radnog iskustva, kako bi se praktikant približio ostvarivanju svojih profesionalnih ciljeva.⁵⁷ Osim toga,

⁵² James J. Brudney, „Square pegs and round holes: Shrinking protections for unpaid interns under the Fair Labor Standards Act“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 164.

⁵³ *Ibidem*, 174.

⁵⁴ *Harbourt v PPE Casino Resorts Maryland* 820 F 3d 655, 660–661 (4th Cir, 2016), nav. prema: J. J. Brudney, op. cit., 171.

⁵⁵ A. Rosin (2017), op. cit., 33.

⁵⁶ European Committee of Social Rights, *European Youth Forum (YFJ) v. Belgium*, 8. 9. 2021 (Complaint No. 150/2017), 134.

⁵⁷ Wil Hunt, Charikleia Tzanakou, „The (non)instrumental character of unpaid internships: Implications for regulating internships“, *Internships, employability and the search for decent work*

volonter, za razliku od praktikanta, nema obavezu da dolazi na mesto rada, niti da izvršava profesionalne zadatke.⁵⁸ S druge strane, osnovnu sličnost ovih dvaju oblika angažovanja predstavlja to što se neretko obavljaju bez naknade. U nekim slučajevima, upravo ovaj kriterijum može zamagliti granicu između radne prakse i volontiranja, posebno kada se radna praksa obavlja kod poslodavca koji ne obavlja lukrativnu delatnost, kao i kod poslodavaca koji su privrženi određenim verskim ili političkim uverenjima.⁵⁹ Naime, u ovim situacijama, pojedinac može raditi kod poslodavca i da bi unapredio svoju zapošljivost, i iz verskih, etičkih ili drugih pobuda. No, nezavisno od ovih slučajeva, mora postojati precizna razlika između radnih praksi i volontiranja. Stoga nije prihvatljivo da se praktikanti angažuju na osnovu ugovora o volontiranju, što je, nažalost rasprostranjeno i u našoj državi. Ovo tim pre što je čak i određenim zakonima omogućena pogrešna i neprihvatljiva pravna kvalifikacija pripravnčkog rada i radne prakse kao volontiranja, kao što propisuju Zakon o advokaturi, Zakon o socijalnoj zaštiti i Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja.⁶⁰

UREĐIVANJE RADNIH PRAKSI U MEĐUNARODNOM PRAVU

Međunarodna organizacija rada je, od svog osnivanja 1919. godine, posvećena unapređenju pravnog položaja mladih radnika i sprečavanju eksploatacije njihovog rada. To je uključilo, između ostalog, i usvajanje standarda o pripravnčkom radu, od kojih većina više nije na snazi.⁶¹ Srećom, 2022. godine utvrđen je

experience (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 95.

⁵⁸ Alysia Blackham, „Working at the edges of legal protection: Equality law and youth work experience from a comparative perspective“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 309.

⁵⁹ A. Stewart, op. cit., 22.

⁶⁰ Zakon o advokaturi, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11 i 24/12, čl. 62, st. 1 („Na advokatske pripravnike volontere shodno se primenjuju odredbe ovog zakona o advokatskim pripravniciima i posebni propisi o volonterskom radu“); Zakon o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 24/11, čl. 142, st. 2 („Pripravnčki staž mogu obavljati i stručni radnici i stručni saradnici koji su angažovani u svojstvu volontera, kao rad van radnog odnosa“). I Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, *Službeni glasnik RS*, br. 88/17, 27/18, 10/19, 6/20 i 129/21, koristi termin pripravnik-volonter (čl. 207, st. 3 i 9); za komentar v.: *Ex-post analiza efekata Zakona o volontiranju*, Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja Republike Srbije, Beograd, 2020, 39.

⁶¹ Pripravnčki rad su uređivale Preporuka MOR br. 60 o pripravnčkom radu i Preporuka MOR br. 117 o stručnoj obuci, koje više na snazi. S druge strane, Konvencija MOR br. 142 i preporuke MOR br. 150 i 195 o razvoju ljudskih resursa, više ne uređuju pripravnčki rad.

Predlog preporuke o okviru za kvalitetan pripravnički rad, koji se bavi, istina, u krajnje ograničenom obimu, i praktikantima.⁶² Pod okriljem ove organizacije nisu, međutim, usvojeni i standardi koji bi se isključivo i neposredno ticali praktikanata, iako se ova grupa radnika izričito pominje u nekoliko konvencija i preporuka, uključujući Konvenciju br. 190 o nasilju i uznemiravanju na radu i Preporuku br. 200 o zaštiti od virusa *HIV* i side na radu.⁶³ Takođe, ne treba gubiti iz vida da se fundamentalne konvencije MOR primenjuju na sve radnike u najširem smislu reči, osim ako nekom od njih nije drugačije predviđeno (npr. Konvencija br. 138 o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa se ne primenjuje na programe obuke i profesionalne orijentacije)⁶⁴. Takođe, države članice MOR su Rezolucijom o krizi zapošljavanja mladih pozvane da razmotre mogućnost „uređivanja i nadziranja radnih praksi, između ostalog, i kroz odobravanje organizovanja radnih praksi, ne bi li se obezbedilo da radne prakse i druge sheme za sticanje radnog iskustva omogućavaju stvarno sticanje znanja, a ne zamenu redovnih radnika“.⁶⁵

Potreba za zakonskim uređivanjem i nadzorom nad organizovanjem radnih praksi, u cilju sprečavanja zloupotreba ovog instituta, potvrđena je i na nivou EU. To je i ovde učinjeno jednim pravnoneobavezujućim aktom – Preporukom Saveta EU o kvalitativnom okviru za radne prakse. Njenim odredbama je, upravo zbog izostanka ikakvih ili iole jasnih pravila o organizovanju radnih praksi u državama članicama EU, uređeno više važnih i delikatnih pitanja od značaja za radne prakse, a naročito je podržano unapređenje sadržaja učenja i obuke tokom radne prakse, kao i unapređenje uslova rada praktikanata. To, preciznije, podrazumeva zaključivanje pisanog sporazuma o radnoj praksi, kojim se utvrđuju obrazovni ciljevi prakse, kao i prava i obaveze ugovornih strana, uključujući naknadu za rad i druge uslove rada praktikanata (ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni, a eventualno i godišnji odmor, te zdravstveno osiguranje za slučaj povrede na radu i privremene sprečenosti za rad iz zdravstvenih razloga). Unapređenje kvaliteta radnih praksi je, pritom, usmereno prevashodno ka olakšavanju prelaska mladih iz sveta obrazovanja u svet rada, ali i njihovog prelaska iz stanja nezaposlenosti ili neaktivnosti u svet rada.

⁶² V.: „Proposal for a recommendation concerning framework for quality apprenticeships“, International Labour Conference, 110th Session, 2022, ILC.110/Record No. 5A.

⁶³ Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190), čl. 2, st. 1; HIV and AIDS Recommendation, 2010 (No. 200), tač. 2, st. a), al. ii).

⁶⁴ Konvencija MOR br. 138 o minimalnim godinama za zapošljavanje, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 14/82, čl. 6.

⁶⁵ „The youth employment crisis: A call for action“. Resolution and conclusions of the 101st Session of the International Labour Conference, Geneva, 2012, tač. 26, st. e).

Nadalje, Evropskim stubom socijalnih prava upućen je poziv državama članicama EU da se praktikantima obezbede učenje i obuka odgovarajućeg sadržaja i dostojanstveni uslovi rada, da se ograniči trajanje radnih praksi, da se spreči njihovo korišćenje radi zamene redovnih zaposlenih, i da se naknada za obavljanje radne prakse isplaćuje srazmerno obavljenom radu, veštinama i iskustvu praktikanta, te neophodnosti da mu se omogući da zadovolji svoje potrebe.⁶⁶ Takođe, u Rezoluciji o primeni Inicijative za zapošljavanje mladih u državama članicama EU potcrtano je da radne prakse treba da se obavljaju na osnovu pisanog ugovora, kojim mora biti jasno uređeno pitanje naknade za obavljanje radne prakse, da na kraju radne prakse mentor treba da vrednuje rad praktikanta, i da je potrebno ograničiti trajanje radnih praksi, kao i period radne prakse kod istog poslodavca.⁶⁷ S druge strane, Evropski parlament je u Rezoluciji o unapređenju pristupa mladih tržištu rada upozorio države da „poslodavci izgleda sve češće koriste radne prakse za zamenu redovnog zaposlenja, čime iskorišćavaju prepreke s kojima se mladi susreću prilikom ulaska na tržište rada“. Mlade bi, otud, trebalo zaštititi „od poslodavaca u javnom i privatnom sektoru, koji su u stanju da, kroz šeme za sticanje radnog iskustva, pripravnčki rad i radne prakse, pokriju svoje osnovne potrebe s malim ili nikakvim troškovima, iskorišćavajući spremnost mladih da uče, bez ikakvog izgleda da u budućnosti postanu deo njihove radne snage“.⁶⁸ Nadalje, treba pomenuti i Direktivu o transparentnim i predvidim uslovima rada u EU, u čije područje primene ulaze i praktikanti, ukoliko se njihove aktivnosti mogu kvalifikovati kao aktivnosti koje obavlja „radnik“, u smislu komunitarne definicije ovog pojma. To je značajno, budući da Direktivom potvrđuje obaveza obaveštavanja radnika o uslovima rada, što predstavlja važnu pretpostavku delotvornog uživanja prava, u smislu pravilnog sagledavanja vlastitog pravnog položaja, a u slučaju spora, i lakšeg dokazivanja ugovorenih uslova rada.⁶⁹

Konačno, treba pomenuti i Revidiranu evropsku socijalnu povelju, kojom je pod okriljem Saveta Evrope, kao uslov za delotvorno ostvarivanje prava dece

⁶⁶ European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights /2016/2095(INI)/ *Official Journal* C 242, 10. 7. 2018, 24–40, st. 5, tač. a).

⁶⁷ European Parliament resolution of 18 January 2018 on the implementation of the Youth Employment Initiative in the Member States /2017/2039(INI)/, *Official Journal* C 458, 19. 12. 2018, 57–69, 23.

⁶⁸ European Parliament resolution of 6 July 2010 on promoting youth access to the labour market, strengthening trainee, internship and apprenticeship status /2009/2221(INI)/, *Official Journal* C 351, 2. 12. 2011, p. 29–39, preambula, tač. S), i st. 25.

⁶⁹ V.: Ljubinka Kovačević, „Predvidivost uslova rada kao pretpostavka delotvornog ostvarivanja radnih prava: Osvrt na Direktivu (EU) 2019/1152“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2020, 1339–1362.

i mladih na zaštitu, utvrđena obaveza država ugovornica da mladim radnicima i pripravnicima priznaju pravo na pravičnu zaradu ili druge odgovarajuće naknade.⁷⁰ Takođe, Komitet ministara Saveta Evrope je u jednoj svojoj preporuci ukazao na potrebu da se, u cilju lakšeg zapošljavanja mladih iz ugroženih sredina, obezbedi da „radne prakse budu siguran i zakonit oblik zaposlenja i održiva tačka ulaska u tržište rada“.⁷¹

UREĐIVANJE RADNIH PRAKSI U DOMAĆEM I STRANIM PRAVNIM SISTEMIMA

U savremenim državama, pitanje organizovanja radnih praksi najčešće se uređuje izvorima autonomnog radnog prava, pre svega kodeksima i drugim aktima poslodavaca koji ih organizuju. U nekim pravnim sistemima, radne prakse predstavlja i predmet kolektivnog pregovaranja (npr. u Nemačkoj i Švedskoj), dok se u nekim pravnim sistemima to ne smatra dopuštenim, budući da praktikanti nemaju svojstvo zaposlenih.⁷² Potonji argument nije, međutim, prihvatljiv, budući da je rad praktikanata od značaja i za zaposlene kod poslodavca, jer su i oni zainteresovani za prenošenje praktičnih znanja i veština na nove radnike, a mogu strahovati i od neloyalne konkurencije, ukoliko poslodavac koristi rad praktikanata kao zamenu za rad zaposlenih ili kao instrument za snižavanje troškova rada. U tom smislu se u nekim državama zaključuju posebni kolektivni ugovori za praktikante, kao što je to, primera radi, slučaj s Posebnim kolektivnim ugovorom za praktikante i praktikantkinje u javnoj upravi u Nemačkoj.⁷³

U manjem broju evropskih država, organizovanje i sadržaj radnih praksi uređeni su posebnim zakonima. Ovim zakonima se redovno ograničava radno vreme praktikanata i priznaje pravo na dnevni i nedeljni odmor, a pod određenim uslovima i pravo na godišnji odmor (npr. u Belgiji, Litvaniji, Poljskoj, Portugalu, Sloveniji i Španiji).⁷⁴ Postoje, međutim, i pravni sistemi sa sveobuhvatnim zakonima, koji

⁷⁰ Revidirana evropska socijalna povelja, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/09, čl. 7, st. 5.

⁷¹ Access of young people from disadvantaged neighbourhoods to social rights. Recommendation CM/Rec(2015)3 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 21 January 2015, Apendix, st. A), tač. ii); za komentar v.: Kevin O’Kelly, John Muir, *Taking it seriously – Guide to Recommendation CM/Rec(2015)3 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on the access of young people from disadvantaged neighbourhoods to social rights (2016)*, Council of Europe, Strasbourg, 2016.

⁷² International Labour Conference, 110th Session, st. 275.

⁷³ B. Waas, op. cit., 129.

⁷⁴ K. Müller, op. cit., 4.

štaviše imaju radne prakse kao svoj isključivi predmet uređivanja, kao što je to slučaj sa Severnom Makedonijom i s Rumunijom. Rumunski Zakon o radnoj praksi je, tako, usvojen 2018. godine, s ciljem da se zaštite radnici koji obavljaju radne prakse na otvorenom tržištu. Kako je u praksi nemali broj pravnih lica iskorišćavao neuređeni i besplatni rad praktikanata, koji su ponekad godinama radili prelazeći s jedne na drugu radnu praksu, bez izgleda za zasnivanje radnog odnosa, zakonodavac je nastojao da eliminiše ovaj vid rada „na crno“.⁷⁵ Interesantno je uočiti da je Zakon usvojen kao deo grupe zakona usmerenih na sprečavanje prikrivanja radnog odnosa, „ruku podruku“ sa zakonom koji restruktivno uređuje volontiranje i zakonom koji sprečava zaključivanje ugovora o povremenim poslovima i onda kada postoji trajna ili trajnija potreba poslodavca za radom radnika.⁷⁶

Preovlađuju, međutim, pravni sistemi u kojima su radne prakse uređene matičnim zakonom o radnim odnosima (Austrija, Grčka, Mađarska, Finska, Holandija, Češka).⁷⁷ Taj pristup se, dalje, može ispoljiti u dvema varijantama: u prvoj varijanti, zakonodavac smatra praktikante zaposlenima, zbog čega im pripada pun katalog prava iz radnog odnosa, dok se u drugoj varijanti, na praktikante, iako rade van radnog odnosa, proširuju neki aspekti radnopravne zaštite (pre svega, pravila o bezbednosti i zdravlju na radu i zaštiti od diskriminacije i zlostavljanja na radu).⁷⁸

Takođe, praktikanti su u nekim pravnim sistemima izričito isključeni iz područja primene radnog i socijalnog zakonodavstva. Tada se njihova prava i obaveze uređuju ugovorom o radnoj praksi, dok se u nekim državama radne prakse uređuju i kodeksima i vodičima, koje usvajaju nadležni državni organi, a koji se primenjuju kako u javnoj upravi, tako i u tzv. privatnom sektoru.⁷⁹ Nadalje, postoje i države u kojima zakonodavac prepušta sudovima ili nadležnim državnim agencijama (npr. Ombudsmanu za pravični rad u Australiji) da postojeći pravni okvir tumače u cilju pronalazjenja odgovora na pitanje da li se na praktikante primenjuju određeni aspekti

⁷⁵ Felicia Roşioru, „L'adoption de la loi sur 'l'internship“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, br. 1, 2019, 231–232.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ K. Müller, op. cit., 4.

⁷⁸ International Labour Conference, 110th Session, st. 276.

⁷⁹ Andrew Stewart, Rosemary Owens, Anne Hewitt, Irene Nikoloudakis, „The regulation of internships: A comparative study“, *Employment*, Working Paper No. 240, Geneva, 2018, 28. Za Ujedinjeno Kraljevstvo v.: *Common Best Practice Code for High-Quality Internships*, Gateways to the Professions Collaborative Forum, 2013; *Internships that Work: A Guide for Employers*, Charters Institute of Personnel and Development, 2015; *Voluntary Internships in the Voluntary Sector: Review and Guidance*, National Council of Voluntary Organisations, 2015.

radnog (i socijalnog) zakonodavstva ili ne.⁸⁰ Konačno, mogu se uočiti i pravni sistemi u kojima je izričito zabranjeno organizovanje radnih praksi na otvorenom tržištu, odnosno izričito je zabranjeno uređivanje uslova rada praktikanata ugovorom o radnoj praksi, ukoliko su uslovi suprotni minimalnim standardima sadržanim u radnom zakonodavstvu (Argentina, Brazil, Italija, Letonija i Francuska).⁸¹

Kada je, pak, reč o Republici Srbiji, važeći propisi o zapošljavanju i obrazovanju ne uvažavaju u dovoljnoj meri potrebu pružanja pomoći mladima prilikom prelaska iz sveta obrazovanja u svet rada. Takođe, izostaje i tesna povezanost obrazovne politike s politikom zapošljavanja, u smislu postepenog razvijanja veština koje su od presudnog značaja za zapošljivost mladih, iako su poslednjih par godina usvojeni zakoni koji uređuju organizovanje praktične nastave i profesionalne prakse kod poslodavca ili kombinovano – delom u srednjoj školi, a delom kod poslodavca.⁸² Uređeno je i obavljanje studentske prakse, koju organizuju fakulteti, pod okriljem programa osnovnih i master studija,⁸³ te praktičan rad kod poslodavca koji realizuju javno priznati organizatori aktivnosti obrazovanja odraslih.⁸⁴ S druge strane, mogućnosti za sticanje radnog iskustva, praktičnih znanja i veština van nastavnih kurikuluma obezbeđene su zakonskim pravilima o pripravnničkom radu, koji pretpostavlja zaključivanje posebne vrste ugovora o radu, kao i pravilima o stručnom osposobljavanju, koje se organizuje bez zasnivanja radnog odnosa. U oba slučaja, obavljanje prakse predstavlja uslov za bavljenje određenim zanimanjima, odnosno uslov za polaganje državnog stručnog ispita. Konačno, određene programe prakse organizuje i Nacionalna služba za zapošljavanje, za lica na evidenciji nezaposlenih lica koja su obuhvaćena merama aktivne politike zapošljavanja. Pored navedenih pravnih instrumenata, kao osnov za obavljanje prakse koristi se i ugovor o volontiranju, iako je takav pristup neprihvatljiv iz ugla osnovnih vrednosti i ciljeva volontiranja. Ova proliferaciju osnova za obavljanje radnih praksi, u kombinaciji s visokom stopom nezaposlenosti mladih, neretko ima za posledicu snižavanje kvaliteta njihovog angažovanja. Time se na tržištu rada uspostavljaju nekakva dva paralelna sveta rada za mlade, pri čemu se radnicima koji stiču radno iskustvo van radnog odnosa ne obezbeđuje nikakva ili se obezbeđuje sasvim skromna zaštita, dok mladi koji su imali sreće da zasnuju radni odnos ostvaruju pun katalog prava.

⁸⁰ International Labour Conference, 110th Session, st. 277.

⁸¹ *Ibidem*, st. 278; K. Müller, op. cit., 4.

⁸² Zakon o dualnom obrazovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 101/17 i 6/20; Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju, *Službeni glasnik RS*, br. 55/13, 101/17, 27/18, 6/20 i 52/21.

⁸³ Zakon o visokom obrazovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 88/17, 73/18, 27/18, 67/19, 6/20, 11/21 i 67/21; Zakon o dualnom modelu studija u visokom obrazovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 66/19.

⁸⁴ Zakon o obrazovanju odraslih, *Službeni glasnik RS*, br. 55/13, 88/17, 27/18 i 6/20.

Konačno, u Republici Srbiji se organizuju i radne prakse na otvorenom tržištu, koje nisu zakonski uređene. Nacrt zakona o radnoj praksi, koje je Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja izradilo u 2021. godini nastoji da nadomesti ovu prazninu.⁸⁵ Odluka Ministarstva da posebnim zakonom uspostavi pravni režim radnih praksi na otvorenom tržištu naišla je, međutim, na kritike u delu javnosti. One se, najpre, vezuju za činjenicu da u stranim pravima preovlađuje uređivanje ovog pitanja matičnim zakonima za oblast radnih odnosa, zbog čega se smatra da bi i u Republici Srbiji trebalo dati prednost ovom rešenju i urediti radne prakse Zakonom o radu.⁸⁶ Na ovo se nadovezuju kritike koje se tiču dalje fragmentacije radnog zakonodavstva, u smislu usvajanja nekoliko novih posebnih zakona koji uređuju pojedine oblike radnog angažovanja van radnog odnosa, iako bi ista materija mogla biti uređena novelama Zakona o radu.⁸⁷ Ovo tim pre što se planirano noveliranje postojećeg, odnosno usvajanje novog zakona o radu iz godine u godinu odlaže, između ostalog, i zbog političke osetljivosti ovog pitanja, iako primenu važećeg Zakona o radu prate brojni problemi.

PRAVNI OSNOV OBAVLJANJA RADNE PRAKSE

Položaj praktikanata u velikoj meri zavisi od pravnog osnova njihovog radnog angažovanja, jer se prilikom uređivanja ovog pitanja moraju uvažiti, s jedne strane, *potreba za pravnom sigurnošću i zaštitom praktikanta od radne eksploatacije*, i, s druge strane, *potreba države da poslodavcima obezbedi podsticaje za zapošljavanje ili radno angažovanje radnika bez radnog iskustva*. S tim uzevi, valja imati u vidu da se

⁸⁵ Autorka ovog članka je bila konsultantkinja Tima za socijalno uključivanje i smanjenje siromaštva Vlade Republike Srbije za pružanje podrške Ministarstvu za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja pri izradi Nacrta zakona o radnoj praksi.

⁸⁶ Aleksandra Đurović, Bojan Vele, Jelena Manić Radoičić, *Unapređenje pravnog okvira za uređenje radnih praksi u Republici Srbiji*, Tim za socijalno uključivanje i smanjenje siromaštva, Beogradska otvorena škola, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2017, 46; *Predlozi normativnih izmena režima obavljanja radnih praksi*, Beograd, 2019.

⁸⁷ Mario Reljanović, „Nacrt zakona o radnoj praksi“, <https://pecanik.net/nacrt-zakona-o-radnoj-praksi/>, 31. 7. 2022. I u delu strane literature ističu se slične primedbe, pre svega povodom neplaćenih radnih praksi. S pravom se, naime, tvrdi da neplaćene radne prakse odslukavaju trend legitimizacije besplatnog rada, a što je na fonu tvrdnji poslodavaca da bi organizovanje plaćenih praksi moglo ugroziti kontinuitet njihovog poslovanja i da bi, posledično, lišilo mnoge radnike mogućnosti da na ovaj način steknu radno iskustvo, praktična znanja i veštine. To se uklapa u neoliberalni trend zastavljanja daljeg širenja područja primene zaštitnog radnog zakonodavstva. Amir Paz-Fuchs, „Trainees – the new army of cheap labour: Lessons from workfare“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’ Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 267.

u manjem broju država, radne prakse obavljaju na osnovu ugovora o radu, dok se u većini država, kao pravni osnov za obavljanje radnih praksi pojavljuje ugovor o radnoj praksi, kojim se ne zasniva radni odnos, a što u nekim pravnim sistemima podrazumeva proširivanje određenih aspekata radnopravne zaštite i na praktikante.

Ugovorom poslodavca i praktikanta moraju biti određene aktivnosti čije će obavljanje biti povereno praktikantu, u cilju sticanja radnog iskustva, veština i praktičnih znanja. Isto vredi i za period na koji se ugovor zaključuje, visinu naknade na koju praktikant ima pravo tokom obavljanja radne prakse i maksimalno trajanje radnog vremena praktikanta. U nekim zakonodavstvima, kao što je to ranije bio slučaj s francuskim pravom, ugovor treba da sadrži i podatak da li radna praksa uključuje obavljanje određenih aktivnosti noću ili u dane verskih i državnih praznika, kao i uslove pod kojima praktikant može odsustvovati s prakse.⁸⁸ Budući da radna praksa ima i komponentu koja se tiče obuke i učenja, ugovor treba da sadrži i opis ciljeva radne prakse i podatke o mentoru, a sastavni deo ugovora čini i plan obavljanja radne prakse, uz opis postupka za dostizanje željenih ciljeva i opis načina praćenja ostvarenih rezultata.

Jedno od osnovnih pravila sadržanih u Preporuci Saveta EU o kvalitativnom okviru za radne prakse tiče se zaključivanja pismenog ugovora s praktikantom. Radne prakse moraju, naime, biti organizovane na osnovu pisanih ugovora, čija minimalna obavezna sadržina mora obuhvatiti ciljeve učenja i uslove rada praktikanta, uključujući period na koji se ugovor zaključuje i pravo na naknadu, ako se ona obezbeđuje.⁸⁹ Iako je značaj ovog standarda veliki, on u velikoj meri nije primenjen u državama članicama EU. Štaviše, u šest država članica EU, radne prakse na otvorenom tržištu mogu da se obavljaju bez prethodnog zaključenja pismenog ugovora (Danska, Estonija, Mađarska, Slovačka, Finska i Švedska), dok se u državama u kojima je obavezno zaključivanje ugovora, u praksi dešava da ugovori neretko ne sadrže podatke o ciljevima učenja i uslovima rada praktikanata.⁹⁰

Ugovor koji se zaključuje s praktikantom uvek je ograničenog trajanja. Ono bi, po pravilu, trebalo da se veže za vreme potrebno za sticanje iskustva, znanja i veština u određenom radnom okruženju, a što neizbežno uključuje i vreme potrebno za prilagođavanje praktikanta tom okruženju.⁹¹ Preporukom o kvalitativnom okviru za radne prakse je, otud, kao jedno od osnovnih pravila potvrđeno i pravilo

⁸⁸ D. Baugard, op. cit., 245.

⁸⁹ Preporuka Saveta EU, st. 2–3.

⁹⁰ K. Müller, op. cit., 15.

⁹¹ Lukasz Sienkiewicz, *Traineeships under the Youth Guarantee. Experience from the ground*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, 16.

o razumnoj trajanju radne prakse, koje, u načelu, ne bi trebalo da prelazi šest meseci, izuzev u slučajevima u kojima je to opravdano, posebno imajući u vidu nacionalnu praksu.⁹² U nekim evropskim državama je, pritom, određeno i minimalno trajanje radne prakse (npr. najmanje dve nedelje na Malti), u Rumuniji program radne prakse može obuhvatiti najviše 720 sati u periodu od šest meseci,⁹³ u Poljskoj je trajanje radnih praksi na otvorenom tržištu ograničeno na tri meseca,⁹⁴ dok u većini država članica EU radne prakse mogu trajati i duže od šest meseci, negde čak i 12, odnosno 24 meseca (Belgija, Estonija, Slovačka, Slovenija, Portugal i Finska).⁹⁵ Obe strane ugovora, pritom, imaju pravo da iniciraju njegov prestanak.

U skladu s jednim od osnovnih načela potvrđenih Preporukom Saveta EU, *načelom transparentnosti*, poslodavci bi trebalo da oglašavaju pozicije za koje organizuju radnu praksu. Time se, naime, sprečava obavljanje radne prakse samo u okviru zatvorenih mreža poznanika i rođaka, i omogućava obavljanje prakse prema zaslugama, tj. prema ostvarenim rezultatima u obrazovanju. U tim pozivima upućenim neodređenom broju lica da, ako su zainteresovana, podnesu svoje prijave na konkurs za obavljanje radne prakse, poslodavci bi trebalo da obaveste zainteresovana lica o uslovima obavljanja radne prakse.⁹⁶ To naročito vredi za obaveštenje o naknadi za obavljanje radne prakse i „pokrivenosti“ rizika bolesti i povreda. Samo obaveštavanje bi, pritom, trebalo da predstavlja što je moguće manje opterećenje za poslodavce, zbog čega se konkurs može objaviti bilo u sredstvima javnog informisanja, bilo na internet stranici poslodavca, isticanjem obaveštenja na oglasnoj tabli poslodavca ili na drugi način propisan njegovim opštim aktom. Konačno, poslodavci se ohrabruju i na obaveštavanje praktikanata o politici zapošljavanja u preduzeću, kao i o broju praktikanata koji su, poslednjih godina, po obavljenju praksi, zasnovali radni odnos s poslodavcem.

Nacrtom zakona o radnoj praksi je kao osnov za obavljanje radne prakse predviđen ugovor o radnoj praksi, kojim se ne zasniva radni odnos, s tim što se na praktikanta primenjuju odredbe Zakona o radu koje se odnose na ograničeno radno vreme, odmor u toku dnevnog rada, dnevni, nedeljni i godišnji odmor, zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, zaštitu omladine, naknadu troškova u vezi sa radom, kao i odgovornost za štetu.⁹⁷ Poslodavac je dužan da objavi oglas za obavljanje radne

⁹² Preporuka Saveta EU, st. 10.

⁹³ Lege Nr. 176/2018 din 17 iulie 2018, čl. 5, st. 2.

⁹⁴ Nav. prema: *Applying the Quality Framework for Traineeships*, Strasbourg, 4. 10. 2016, SWD(2016) 324 final, 60.

⁹⁵ K. Müller, op. cit., 15.

⁹⁶ Preporuka Saveta EU, st. 14.

⁹⁷ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 6, st. 1–4.

prakse, dok se ugovor zaključuje za period koji je potreban za postizanje ciljeva učenja i obuke, a najduže na šest meseci, uz mogućnost produženja trajanja ugovora za vreme prekida rada poslodavca do kojeg je došlo bez krivice praktikanata.⁹⁸

USLOVI ZA STICANJE SVOJSTVA PRAKTIKANTA

Određivanje pojma praktikanata (engl. *intern, trainee*; fr. *stagiaire*; nem. *praktikant*; šp. *pasante*) jedno je od složenijih pitanja prilikom uređivanja njihovog položaja. Ovo posebno stoga što ne postoji opšte prihvaćena definicija radne prakse niti univerzalno prihvaćena definicija praktikanata. U delu literature se, pritom, radne prakse na otvorenom tržištu vezuju samo za lica koja prvi put stupaju na tržište rada,⁹⁹ ali preovlađuje stav da radnu praksu na otvorenom tržištu mogu obavljati i lica koja su ranije već radila, ali žele da steknu veštine i praktična znanja od značaja za obavljanje drugih poslova. S tim u vezi, treba imati u vidu da radne prakse na otvorenom tržištu organizuju poslodavci, kako bi omogućili zainteresovanim licima da se upoznaju s načinom rada u preduzeću i kako bi među njima mogli da uoče potencijalne kandidate za zasnivanje radnog odnosa. Osim toga, radna praksa može biti omogućena radnicima i na njihovu inicijativu, ukoliko žele da na taj način ostvare kontakt s poslodavcem i steknu radno iskustvo u određenoj oblasti.¹⁰⁰

U stranim zakonodavstvima, redovno se utvrđuje minimalna i maksimalna starosna granica za sticanje svojstva praktikanata. One, po pravilu, odgovaraju uslovima za kvalifikaciju mladih radnika. Takođe, u mnogim pravnim sistemima se kao uslov za sticanje svojstva praktikanata propisuje i nezaposlenost, a često se uvodi i tešnja ili labavija veza radne prakse s obrazovanjem.¹⁰¹ Tako, primera radi, svojstvo praktikanata u Španiji mogu steći nezaposlena lica s univerzitetskom diplomom ili stručnim nazivom, uzrasta od 18 do 25 godina, a ako su deo programa Garancija za mlade, to mogu biti i nezaposlena lica do 29. godine života.¹⁰² U Bugarskoj, poslodavac može da zaključi ugovor o radnoj praksi samo s licima mlađim

⁹⁸ *Ibidem*, čl. 7 i 17.

⁹⁹ A. Rosin (2017), op. cit., 11.

¹⁰⁰ A. Stewart, op. cit., 17. Neki autori, u tom smislu, kao bitno obeležje radne prakse uočavaju njenu dobrovoljnost, budući da se, za razliku od stručnih obuka i sličnih programa, praktikant koji obavlja radnu praksu na otvorenom tržištu dobrovoljno odlučuje da stekne uvid u obavljanje određenog zanimanja. B. Waas, op. cit., 117.

¹⁰¹ A. Rosin (2017), op. cit., 13.

¹⁰² Nav. prema: Julia López López, „Traineeships and systemic discrimination against young workers“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’ Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 330.

od 29 godina, koja su završila srednje ili visoko obrazovanje, nezaposlena su i nemaju profesionalno iskustvo u zanimanju za koje su stekla kvalifikacije.¹⁰³ S druge strane, severnomakedonski zakonodavac definiše praktikanta kao „fizičko lice koje obavlja praksu kod poslodavca, u cilju sticanja praktičnih znanja i veština koje će mu pomoći da poboljša zapošljivost na tržištu rada“.¹⁰⁴ Praktikant može biti svako fizičko lice koje je državljanin Republike Makedonije, koje nije zaposleno, nije starije od 34 godine i ima završeno najmanje osnovno obrazovanje.¹⁰⁵ Uslov koji se tiče domaćeg državljanstva se, pritom, čini osobenim, naročito iz ugla zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva. Ovo tim pre što postoje drugi načini da se zaštite legitimni interesi domaćeg tržišta rada. Konačno, treba navesti i primer uslova za sticanje svojstva praktikanta u Briselu (kao regionu Belgije). Na osnovu dekreta, koji uređuje radne prakse za sticanje prvog radnog iskustva, praktikant (ali samo kada je reč o licu koje stiće prvo profesionalno iskustvo) može biti mlada osoba s boravištem u glavnom gradu, koja na početku obavljanja radne prakse, ima manje od 30 godina života i najviše završenu srednju školu, a koja je nezaposlena najkraće 78 dana i registrovana je kao nezaposleno lice.¹⁰⁶

Osvrnimo se, najzad, na uslove za sticanje svojstva praktikanta po odredbama našeg Nacrta zakona o radnoj praksi: „praktikant, u smislu ovog zakona, jeste fizičko lice do 30 godina života, koje obavlja radnu praksu kod poslodavca u cilju sticanja praktičnog iskustva, specifičnih znanja i odgovarajućih veština za rad u određenom zanimanju.“¹⁰⁷ Radnu praksu, pritom, može obavljati lice s najmanje 15 godina života, koje je steklo najmanje osnovno obrazovanje, a nije steklo radno iskustvo u zanimanju za koje obavlja radnu praksu.¹⁰⁸ Praktikant, nadalje, treba da bude i nezaposlen, nezavisno od toga da li je prijavljen na evidenciji nezaposlenih koju vodi Nacionalna služba za zapošljavanje ili ne, s tim što tokom prvih devet meseci od završetka školovanja, može da obavlja radnu praksu samo u zanimanju, u okviru stečenog nivoa kvalifikacija.¹⁰⁹

¹⁰³ Kodeks na truda, čl. 233b.

¹⁰⁴ Zakon za praktikanstvo, čl. 2, stav 1, tač. 3.

¹⁰⁵ *Ibidem*, čl. 2, st. 1, tač. 3, i čl. 3.

¹⁰⁶ Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale relatif au stage de première expérience professionnelle, čl. 4. Radna praksa za sticanje prvog radnog iskustva (fr. *stage de première expérience professionnelle*) se, pritom, definiše kao praksa koja mladim nezaposlenim tražiocima zaposlenja omogućava da se, po obavljenoj praksi, „neposredno i održivo integrišu u tržište rada, kroz uklanjanje prepreka s kojima se mogu susresti prilikom pristupanja“ (čl. 1).

¹⁰⁷ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 4, st. 1.

¹⁰⁸ *Ibidem*, čl. 4, st. 3.

¹⁰⁹ *Ibidem*, čl. 4, st. 2–3.

Personalno područje primene budućeg zakona je, dakle, ograničeno na mlade, budući da njihov položaj na srpskom tržištu rada obeležava *spori prelazak iz sveta obrazovanja u svet rada*. Naime, mladoj osobi u Republici Srbiji potrebno je skoro četiri puta više vremena da pronađe prvi posao posle školovanja, u odnosu na mlade u EU.¹¹⁰ Za ovim sledi i konstantno viša stopa nezaposlenosti od stope zaposlenosti lica uzrasta od 15 do 24 godine (2020. godine, stopa nezaposlenosti mladih iznosila je 26,6 posto, dok je stopa zaposlenosti bila na nivou od 20,8 posto).¹¹¹ Takođe, postoji i relativno nizak nivo aktivnosti mladih na tržištu rada (u 2020. godini bilo je aktivno svega 28,3 posto mladih).¹¹² Kao posebno osetljiva grupa na tržištu rada pojavljuju se mlade osobe koje nisu zaposlene, ali se ne nalaze ni u sistemu obrazovanja niti obuke (*NEET*).¹¹³ U godini pre izbivanja epidemije zarazne bolesti *Covid-19*, ova lica su činila 15,3 posto ukupne populacije mladih, pri čemu poseban problem predstavlja to što mladi provode dugo vremena u ovom statusu na tržištu rada.¹¹⁴ Konačno, treba imati u vidu da je svođenje područja primene budućeg zakona na mlade u skladu s Preporukom Saveta o ustanovljavanju Garancije za mlade (2013), kojom su države članice EU pozvane da svim licima mlađim od 25 godina obezbede kvalitetnu ponudu za zaposlenje, nastavak obrazovanja, obavljanje pripravničkog staža ili radnu praksu, u roku od četiri meseca od kada su postala nezaposlena ili su napustila formalno obrazovanje.¹¹⁵

Navedeni podaci nesporno svedoče o potrebi da se budućim zakonom unapredi zapošljivost mladih, kao posebno osetljive kategorije radnika. Ipak, slična potreba postoji u pogledu lica starijeg uzrasta, zbog čega se u delu javnosti, s pravom, kritikuje propuštanje prilike da se u personalno područje novog zakona uključe i lica starija do 30 godina. Ove kritike čine se opravdanim, jer je sticanje znanja, veština i iskustva od značaja za pronalaženje zaposlenja ili samozapošljavanje potrebno pripadnicima svih starosnih kategorija, posebno imajući u vidu ubrzanu dinamiku pojave novih zanimanja i novih zahteva za obavljanje postojećih zanimanja, kao i položaj pojedinca na savremenom tržištu rada, jer se od njega očekuje da menja zanimanje i posle navršениh 30 godina. To bi bilo i u skladu s koncepcijom

¹¹⁰ Nav. prema: Jelena Žarković, Dragan Aleksić, Ex ante *analiza potrebe za zakonodavnom regulativom radnih praksi u Srbiji*, Beograd, 2021.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*. V.: Ulf Rinne, Werner Eichhorst, Paul Marx, Johannes Brunner, *Promoting youth employment during Covid-19: A review of policy responses*, ILO, Geneva, 2022.

¹¹⁵ Council Recommendation of 22 April 2013 on establishing a Youth Guarantee /2013/C 120/01/, *Official Journal C 120/1*, 26. 4. 2013.

celoživotnog učenja i celoživotnog razvoja karijere, koja se pojavljuje kao važan element zapošljivosti, i omogućilo bi da na ovaj način, veći broj lica može da stekne potrebno radno iskustvo, specifična znanja i veštine.¹¹⁶ S tim u vezi, treba imati u vidu da se starosne granice za sticanje svojstva praktikanta redovno uvode kako bi se sprečile zloupotrebe instituta radne prakse, posebno u slučaju starijih lica, koja su suočena s teškoćama da pronađu zaposlenje (naročito ako im je prethodno radni odnos prestao kao višku zaposlenih), zbog čega neretko pristaju da budu radno angažovana po bilo kom osnovu koji omogućava ostvarivanje primanja.¹¹⁷ Ipak, i uz ovu ogradu, izostanak gornje starosne granice za sticanje svojstva praktikanta čini se prihvatljivijim, jer postoji mogućnost da se, u cilju sprečavanja zloupotreba, uvedu i određena zakonska ograničenja vezana za obavljanje radnih praksi od strane lica starijih od 30 godina (npr. zahtev da se nalaze na evidenciji nezaposlenih lica duže od šest meseci, ili da su uključena u neki od programa prekvalifikacije pod okriljem Nacionalne službe za zapošljavanje, ili da pohađaju program formalnog ili neformalnog obrazovanja koji nije neposredno povezan s ranije stečenim kvalifikacijama, kako su na sastancima Radne grupe za izradu Nacrta zakona o radnoj praksi predlagali predstavnici Beogradske otvorene škole). Ovo rešenje, pritom, ne bi bilo suprotno duhu Preporuke Saveta EU o kvalitativnom okviru za radne prakse, budući da je Preporuka pravnoneobavezujući instrument i da, i pored toga što se najviše odnosi na mlade, ne upućuje države na to da starijim randicima uskraćuju pristup radnim praksama na otvorenom tržištu.¹¹⁸

Slično, trebalo bi razmisliti i o izostavljanju uslova za sticanje svojstva praktikanta koji se tiče završenog osnovnog obrazovanja. S tim u vezi, najpre, treba imati u vidu da je ovaj uslov predviđen Nacrtom zbog potrebe usklađivanja politike zapošljavanja s drugim javnim politikama usmerenim ka sprovođenju postupka priznavanja prethodnog učenja. Preduslov za uključivanje lica u proces priznavanja prethodnog učenja jeste, naime, završena osnovna škola i posedovanje relevantnog radnog iskustva, što, dalje, omogućava dobijanje odgovarajuće javne isprave. Ovo rešenje zahteva, međutim, preispitivanje, imajući u vidu potrebu za unapređenjem zapošljivosti osetljivih kategorija radnika koji nailaze na prepreke da završe osnovno obrazovanje (npr. Romi i Romkinje), za šta su se na javnoj raspravi povodom Nacrta zakona zalagali predstavnici Nemačke organizacije za međunarodnu

¹¹⁶ „Šta piše u izveštaju o javnoj raspravi?“, <https://radneprakse.bos.rs/blog/vesti/15/sta-pise-u-izvestaju-o-javnoj-raspravi>, 27. 7. 2022.

¹¹⁷ Darko Božičić, *Ex ante analiza o uspostavljanju pravnog okvira za radne prakse u Republici Srbiji*, Beograd, 2021, 32.

¹¹⁸ „Šta piše u izveštaju o javnoj raspravi?“, <https://radneprakse.bos.rs/blog/vesti/15/sta-pise-u-izvestaju-o-javnoj-raspravi>, 27. 7. 2022.

saradnju (GIZ).¹¹⁹ Radna praksa bi, u tom smislu, trebalo da bude dostupna i licima koja nemaju posebne kvalifikacije, tj. da svima omogući novi početak i sticanje praktičnih znanja i veština i izvan struke/kvalifikacija stečenih kroz proces obrazovanja.¹²⁰

Kada je, pak, reč o predlogu rešenja po kom praktikant, tokom prvih devet meseci od završetka školovanja, radnu praksu može da obavlja u cilju sticanja praktičnih iskustava i odgovarajućih veština za rad u zanimanju u okviru stečenog nivoa obrazovanja, ovaj predlog čini se problematičnim iz ugla ustavnih garantija prava na rad, slobode rada i slobode izbora zanimanja i zaposlenja. Sloboda izbora zanimanja i zaposlenja podrazumeva, naime, to da su svakom svaki posao, obuka i radna praksa dostupne pod jednakim uslovima. Slobodu izbora zaposlenja, pritom, ne treba vezivati samo za zasnivanje radnog odnosa, već se ona (kao sastavni deo prava na rad), može ostvariti i radnim angažovanjem koje ne pretpostavlja zavisni i podređeni rad za drugog. To, dalje, znači da je svako slobodan da obavlja profesionalnu aktivnost po svom izboru i da traži zaposlenje koje odgovara njegovim profesionalnim aspiracijama, životnom i radnom iskustvu i ličnim karakteristikama. Reč je, preciznije, o slobodi svakog da pristupi svakom zanimanju, po svom izboru, zbog čega *pristup zanimanjima, obuci i radnim praksama može biti ograničen samo zahtevima koji su povezani s prirodom posla, ne i drugim zahtevima*. Država, u tom smislu, ima obavezu da svim građanima obezbedi jednak pristup obrazovnim programima, programima obuke i programima radnih praksi u kojima žele da učestvuju. U skladu s Ustavom Republike Srbije i međunarodnim instrumentima koje je naša država ratifikovala, sloboda izbora zaposlenja može biti ograničena samo izuzetno, ukoliko je to opravdano objektivnim razlozima, i ako određeno ograničenje nije nesrazmerno željenom cilju. U tom smislu, treba prvo preispitati da li se na drugi način može zadovoljiti potreba da se, u cilju očuvanja znanja i veština stečenih obrazovanjem (što je legitimni cilj obrazovane politike), u inicijalnom periodu nezaposlenosti, tražioci zaposlenja (pre svega oni koji prelaze iz sveta obrazovanja u svet rada) podstiču na sticanje radnog iskustva u zanimanju u okviru stečenog nivoa obrazovanja. Ukoliko je to moguće učiniti na drugi način, koji je manje invazivan po slobodu izbora zaposlenja (npr. vezivanjem određenih mera aktivne politike zapošljavanja za stečeni nivo obrazovanja), onda se ograničavanje pristupa radnim praksama u nižem nivou obrazovanja može smatrati

¹¹⁹ Za kritiku uslova za sticanje svojstva praktikanta koji se tiču starosne dobi, nivoa obrazovanja i statusa nezaposlenog lica v.: Youth specific alternative report to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, for the examination of the Third Periodic Report of the Republic of Serbia, Vol. 1, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, January 2022, st. 21.

¹²⁰ D. Božičić, op. cit., 20.

nedopuštenim ograničenjem slobode izbora zaposlenja. To potvrđuju, između ostalog i odredbe Konvencije MOR br. 122, čijom je ratifikacijom naša država preuzela obavezu da svima koji su sposobni za rad i traže zaposlenje obezbedi da rade, uz mogućnost svakog radnika da se osposobi, i da koristi svoje veštine i talente za posao koji mu odgovara, nezavisno od ličnih svojstava.¹²¹ Potonja ugovorna obaveza, preciznije, obuhvata dva segmenta: a) odsustvo prinude da se obavlja rad koji radnik nije slobodno izabrao ili prihvatio; b) mogućnost da se steknu kvalifikacije i da radnik, bez diskriminacije, koristi svoje veštine i talente.

SPREČAVANJE PRIVIDNIH RADNIH PRAKSI I DRUGA OGRANIČENJA ZA ORGANIZOVANJE I OBAVLJANJE RADNE PRAKSE

Radna praksa treba da omogući praktikantima sticanje iskustva, praktičnih znanja, suptilnih i drugih veština, dok poslodavcu omogućava da upozna potencijalne buduće saradnike. U praksi su, međutim, moguća odstupanja od ovako naznačenih ciljeva rada praktikanata, posebno imajući u vidu nastojanja poslodavaca da, radi snižavanja troškova rada i izbegavanja primene radnog, socijalnog i poreskog zakonodavstva, zadovoljavaju svoju trajniju potrebu za radom drugih lica – sistematskim sukcesivnim angažovanjem novih praktikanata. To, štaviše, može imati za posledicu i zamenu postojećih zaposlenih praktikantima, kao i snižavanje zarada postojećih zaposlenih, čime se stvara nelojalna konkurencija. Ovo tim pre što neki poslodavci koriste subvencionirani rad praktikanata kao instrument za obezbeđivanje pristupa jeftinom radu, tako da ni mladi radnici obuhvaćeni državnim programima podrške za zapošljavanje ili radno angažovanje mladih često nemaju izgleda za nastavak rada kod poslodavca, po isteku perioda tokom kog on ostvaruje finansijsku podršku za namirenje naknada i/ili plaćanje doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Ovakvom stanju pogoduje, između ostalog, i ideja o prihvatljivosti neplaćenog rada tokom sticanja radnog iskustva. Ne bi li se tome stalo na put, strana prava uvode različita *ograničenja* za organizovanje, odnosno obavljanje radne prakse.

Iako, naime, sloboda ugovaranja daje radnicima i poslodavcima mogućnost da izaberu kako će urediti interese koje imaju povodom zajedničke profesionalne saradnje, zakonske norme uvode određena ograničenja ove slobode. To, najpre, vredi za pravilo da se radna praksa ne sme obavljati na osnovu ugovora o radnoj praksi, ukoliko u odnosu između praktikanta i poslodavca stvarno postoje elementi radnog odnosa. Osnovni razlog za zaključenje *simulovanog pravnog posla*,

¹²¹ Konvencija MOR br. 122 o politici zapošljavanja, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 34/71, čl. 1, stav 2).

pritom, leži u nastojanju poslodavca da uživa veću fleksibilnost u pogledu organizacije rada i iniciranja prestanka radnog angažovanja, kao i njegovog nastojanja da snizi troškove rada i zaobiđe obaveze koje proizlaze iz ili u vezi s radnim odnosom, u skladu s poreskim, socijalnim i, naročito, radnim zakonodavstvom. Zahtevi za fleksibilnijom organizacijom i uređivanjem rada, kao i pritisci s kojima se poslodavci suočavaju na tržištu, ne smeju, međutim, biti opravdanje za uskraćivanje radnopravne zaštite licima koja, nezavisno od formalnog osnova radnog angažovanja, stvarno rade u ime, za račun i pod vlašću poslodavca.

Ključni pravni problem u pogledu lica koja obavljaju *prividnu radnu praksu* se, naime, tiče pravne kvalifikacije ugovora na osnovu kojih su angažovana, jer ugovornice prikrivaju stvarnu kauzu (stavljanje poslodavcu na raspolaganje radnih sposobnosti praktikanata, njegovo uključivanje u radni proces i njegov trajni rad pod upravljačkom, normativnom i disciplinskom vlašću poslodavca), a prema trećim licima predstavljaju drugu kauzu koju u stvari nisu htele (sticanje radnog iskustva, praktičnih znanja i veština).¹²² Zakonodavci, otud, nastoje da spreče pretvaranje radnih praksi u lažno angažovanje praktikanata, zloupotrebe finansijskih i drugih podsticaja koji poslodavci mogu ostvarivati za angažovanje praktikanata, kao i ostvarivanje nelojalne konkurentske prednosti u odnosu na poslodavce koji pravilno kvalifikuju ove radnike kao zaposlene. Stoga se u nekim pravnim sistemima izričito potvrđuje zabrana rada na osnovu ugovora kojim se ne zasniva radni odnos, kada među sukontrahtentima postoje bitni elementi radnog odnosa (npr. u Sloveniji),¹²³ dok je rumunski zakonodavac propisao apsolutnu ništavost kao sankciju za zaključivanje ugovora o radnoj praksi radi izbegavanja obaveza koje prate zaključivanje ugovora o radu. Posebno interesantnim čini se rešenje iz portugalskog prava, gde praktikant čiji poslodavac zloupotrebljava institut radne prakse – ima pravo da zahteva utvrđenje radnog odnosa i isplatu razlike između isplaćenih naknada i minimalne zarade za period obavljanja nezakonite radne prakse.¹²⁴

S druge strane, Preporukom MOR broj 198 o radnom odnosu potvrđeno je načelo činjeničnog prvenstva (engl. *principle of primacy of fact*, fr. *principe de réalité / primauté des faits*),¹²⁵ koje podrazumeva da se prilikom odlučivanja o postojanju radnog odnosa moraju uzeti u obzir činjenice, a ne naziv ili forma koje su

¹²² Slobodan K. Perović, *Obligaciono pravo. Knjiga prva*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, 336.

¹²³ Zakon o delovnih razmerjih, *Uradni list RS*, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16, 52/16, 15/17, 22/19, 81/19, 203/20, 119/21, 202/21, 15/22, 54/22, čl. 13, st. 2.

¹²⁴ Nav. prema: Georg Kalvelage, *Remuneration of open-market traineeships in EU-27*, European Parliamentary Research Service, Luxembourg, 2021, 21.

¹²⁵ Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), st. 9.

strane dale određenom pravnom odnosu.¹²⁶ U tom smislu, ograničenje zaključivanja ugovora o radnoj praksi, koje se tiče zabrane korišćenja ovog pravnog osnova za angažovanje lica koje stvarno obavlja podređeni i zavisni rad za poslodavca, treba da zaštiti lica, koja pristaju na takav vid rada, s očekivanjem da će nakon „radne prakse“ biti izabrana kao kandidati za zasnivanje radnog odnosa. Osnovna ideja radnog prava, koja se vezuje za zaštitu zaposlenih, kao slabije strane radnog odnosa, bila bi, naime, izneverena ukoliko bi poslodavac mogao da zaobiđe ovu zaštitu jednostavnim korišćenjem naziva nekog od ugovora koji predstavljaju pravni osnov angažovanja za rad van radnog odnosa. Na radniku se, pritom, redovno nalazi teret dokazivanja, koji se, međutim, ne tiče dokazivanja postojanja radnog odnosa, već dokazivanja elemenata radnog odnosa (npr. trajnost izvršenja prestacija, obavljanje posla koji spada u osnovnu delatnost poslodavca, obavljanje radnih zadataka na isti način na koji to čine lica koja imaju status zaposlenih u preduzeću i dr.) različitim evidencijama i drugim dokaznim sredstvima.¹²⁷ O tome živo svedoči primer iz nemačke sudske prakse, koji se ticao praktikantkinje, koja je, neposredno po završetku studija modnog novinarstva, zaključila ugovor o radnoj praksi za poziciju praktikanta kod urednika u jednoj izdavačkoj kući, na period od godinu dana. Radni sud za pokrajinu Berlin-Brandenburg je u ovom slučaju utvrdio postojanje radnog odnosa, budući da je praktikantkinja ispunjavala tipične obaveze zaposlenog na poslu urednika, radivši po nalogima poslodavca najmanje osam sati svakog radnog dana, uz obavezu da u slučaju sprečenosti za rad poslodavcu dostavi doznake. Radni zadaci koje je obavljala ticali su se implementacije i kontrole uredničkih projekata, kao i istraživanja i razvijanja tema, dok obuka koja se pominje u ugovoru nije bila organizovana, niti je ugovoru bio dodat plan radne prakse u kom bi bilo precizno određeno šta treba da nauči, u kom vremenskom periodu, od koga, posredstvom kojih metoda, u kom kontekstu i na kom mestu.¹²⁸ Sud je zaključio

¹²⁶ „The employment relationship“, International Labour Conference, 95th Session, Report V(1), Geneva, 2006, st. 25–26.

¹²⁷ Darja Senčur Peček, „Ugotavljanje obstoja delovnega razmerja“, *Vanekovo stoletje: Ob stoletnici rojstva dr. Vaneka Šiftarja* (ur. Darja Senčur Peček), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, 2019, 324.

¹²⁸ Opis činjeničnog stanja podseća na predmet Vrhovnog suda Slovenije, koji se ticao rada fotografa, koji je bio angažovan za rad van radnog odnosa, iako mu je dežurna urednica svakodnevno izdavala uputstva za rad, svakodnevno je bio prisutan u sedištu redakcije časopisa, gde je imao svoj pisali sto, imao je i novinarsku legitimaciju, bio je uključen u raspored dežurstava, odlazio na teren i obavljao posao fotografa kao svi fotografi koji su „redovno“ zaposleni u časopisu. Ove okolnosti opredelile su Sud da zaključi da je radnik bio dobrovoljno uključen u organizovani radni proces i da je za naknadu lično i trajno obavljao posao po nalogima i pod nadzorom poslodavca. Presuda Vrhovnog suda Republike Slovenije Pdp 134/2015, od 1. jula 2015. godine, nav. prema:

da „radne prakse diplomaca, koji su već završili relevantni obrazovni program i koji rade kako bi ušli na tržište rada, ali koji su prevashodno posvećeni uobičajenim radnim zadacima zaposlenih – jesu fiktivne radne prakse, i radni odnosi“.¹²⁹ Takođe je konstatovano da poslodavca ne izvinjava to što je obezbeđivanjem lažne prakse možda olakšao praktikantkinji pristup profesiji, jer ga „iskorišćavanje loše situacije, koja za novinare postoji na tržištu rada, ne ovlašćuje da praktikantima plaća naknadu u visini od oko 13 posto uobičajene zarade“.¹³⁰ U tom smislu, posebno važnim čini se i sledeći zaključak Suda: „Činjenica da tužilja nije zahtevala višu naknadu tokom radne prakse ne uspostavlja legitimno očekivanje na strani tuženog [...] Za lažnu radnu praksu je tipično da praktikant, tokom 'radne prakse' ne traži višu naknadu. Ovo je posledica nepoznavanja prava i/ili – ako poznaje pravo – nadanja da će, mu posle radne prakse, biti ponuđen formalni radni odnos ili da će mu dalju profesionalnu karijeru olakšati barem dobra potvrda o obavljenoj radnoj praksi.“¹³¹

Kako bi se dodatno sprečilo korišćenje radnih praksi za obezbeđivanje jeftinog rada, ograničenje za organizovanje i obavljanje radne prakse može se sastojati i u izričitom zakonskom pravilu da praktikant ne može biti angažovan u slučaju povećanog obima posla kod poslodavca, niti kao zamena zaposlenog kod poslodavca koji je privremeno odsutan s rada usled bolesti, povrede, materinstva i porodičnih dužnosti.¹³²

Naredno ograničenje, koje se sreće u stranim pravima, tiče se *utvrđivanja maksimalnog broja ugovora o radnoj praksi* koji može biti zaključen između istih

Barbara Kresal, Darja Senčur Peček, „4. člen (definicija delovnega razmerja)“, *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem* (ur. Nataša Belopavlovič, Barbara Kresal, Katarina Kresal Šoltes, Darja Senčur Peček), Ljubljana, 2016, 37.

¹²⁹ Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg, 10. 5. 2016, 6 Sa 1787/15, nav. prema: B. Waas, op. cit., 125.

¹³⁰ B. Waas, op. cit., 126.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Slično rešenje postojalo je u francuskom pravu, s tim što se zabrana protezala na zame-nu zaposlenih koji su privremeno odsutni s rada, ili su privremeno udaljeni s rada ili su otpušteni. Takođe, bilo je zabranjeno i angažovanje praktikanata za izvršavanje redovnog zadatka iz opisa posla za koji se zasniva radni odnos na neodređeno vreme, kao i za izvršavanje rada u slučaju privremenog povećanja obima posla, te za obavljanje sezonskih poslova. Štaviše, poslodavcima je bilo zabranjeno da angažuju praktikante i za obavljanje privremenih poslova, takođe kako bi se eliminisala svaka zloupotreba instituta radne prakse. Ovo rešenje je bilo na snazi do 2013. godine, kada su radne prakse na otvorenom tržištu ukinute. Décret n°2006-1093 du 29 août 2006 pris pour l'application de l'article 9 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JORF*, n°201, du 31 août 2006, čl. 6.

lica, kao i *utvrđivanja maksimalnog broja praktikanata* koji poslodavac može angažovati, odnosno zapošljavati, zavisno od veličine poslodavca, tj. zavisno od ukupnog broja zaposlenih kod poslodavca. U tom smislu su posebno interesantne odredbe gruzijskog Zakonika o radu, kojima je propisano da lice može da obavlja besplatnu radnu praksu samo jednom, dok maksimalni broj ugovora o plaćenju radnoj praksi nije neposredno propisan.¹³³ U literaturi se kao moguće tumačenje ove pravne praznine predlaže ono po kom bi u svakom konkretnom slučaju trebalo razmatrati razloge zbog kojih je neophodno da se između istih lica zaključi novi ugovor o radnoj praksi, posebno kako bi se ispitalo da li je razlog bio to što proces prenošenja znanja i razvijanja veština nije bio završen ili je pak razlog bio vezan za nastojanje poslodavca da rad praktikanta zameni rad zaposlenog, uz izbegavanje zaključivanja ugovora o radu i troškova primene radnog zakonodavstva.¹³⁴

Takođe, u nekim pravnim sistemima se uvodi *pričekni rok između dve radne prakse* koje poslodavac organizuje za određeno radno mesto, a u cilju sprečavanja poslodavaca da obavljanje stabilnih poslova obezbeđuju sukcesivnim angažovanjem praktikanata. To rešenje je, primera radi, ranije važno u francuskom pravu, osim ako je, na inicijativu praktikanta, prethodna radna praksa prekinuta pre isteka roka na koji je ugovorena.¹³⁵ Na istom fonu bilo je i pravilo da se različiti praktikanti mogu angažovati za obavljanje radne prakse na istom radnom mestu, tek pošto protekne pričekni rok koji odgovara 1/3 trajanja prethodne radne prakse.¹³⁶ Posebnu pažnju privlači, međutim, rešenje po kom je isto lice moglo da obavlja dve ili više radnih praksi kod istog poslodavca, pod uslovom da one ne traju duže od šest meseci u toku godine.¹³⁷ S druge strane, rumunski zakonodavac dopušta poslodavcu da s određenim praktikantom zaključi samo jedan ugovor o radnoj praksi po programu radnih praksi. Poslodavci s najviše 20 zaposlenih, pritom, mogu imati najviše dva praktikanta istovremeno, dok kod velikih poslodavaca broj praktikanata ne sme biti veći od pet posto ukupnog broja zaposlenih kod poslodavca. Takođe, poslodavac ne može da zaključi ugovor o radnoj praksi s licem koje je kod njega već radilo u svojstvu zaposlenog.

Nadalje, poslodavcu može biti *zabranjeno da, tokom određenog razumnog perioda, organizuje radnu praksu na poslovima s kojih je otpustio zaposlene zbog smanjenja obima posla, usled ekonomskih, organizacionih, strukturnih, tehnoloških i drugih*

¹³³ Zakon br. 7177, od 29. septembra 2020. godine, čl. 18, st. 3.

¹³⁴ E. Kardava, op. cit., 117.

¹³⁵ D. Baugard, op. cit., 245.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

sličnih razloga. Reč je, preciznije, o ograničenju koje je inspirisano pravilom da poslodavčeva sloboda izbora saradnika može biti limitirana obavezom davanja prednosti u zapošljavanju licima koja su otpuštena kao višak zaposlenih, u odnosu na druge kandidate, tokom određenog razumnog perioda. *Ratio* ovog rešenja vezuje se za činjenicu da se razlog za otpuštanje radnika nije ticao njihovih sposobnosti ili ponašanja, već potreba poslodavca,¹³⁸ kao i za činjenicu da je otpušteni radnik uložio u preduzeće svoj rad, zbog čega, ako želi da ponovo radi za istog poslodavca, mora imati prednost u odnosu na druge kandidate.¹³⁹ U tom smislu se neke države odlučuju da sprečavaju izigravanje instituta radnih praksi, upravo, zabranom angažovanja praktikanata na radnim mestima otpuštenih radnika, tokom inicijalnog perioda.

Većina navedenih ograničenja uvedena je i u Nacrt zakona našeg ministarstva za poslove rada, pri čemu je ograničenje koje se tiče maksimalnog broja ugovora o radnoj praksi koji se mogu zaključiti između istih lica utvrđeno tako da poslodavac može da zaključi s istim licem ugovor o radnoj praksi samo jednom.¹⁴⁰ Takođe, predviđeno je i da poslodavac ne sme zahtevati od praktikanta obavljanje radnih zadataka za koje nije zaključen ugovor, kao ni obavljanje radnih zadataka koji nisu predviđeni planom obavljanja radne prakse.¹⁴¹ Potonje ograničenje je u skladu s Preporukom o kvalitativnom okviru za radne prakse, po kojoj praktikantu mogu biti poveravani samo radni zadaci koji mu mogu pomoći da stekne praktično iskustvo i odgovarajuće veštine.¹⁴²

KVALITET RADNIH PRAKSI

Poseban izazov prilikom uređivanja i organizovanja radnih praksi predstavlja obezbeđivanje njihovog kvaliteta. To se naročito tiče vrste obuke i učenja koji se obezbeđuju kroz radnu praksu, budući da ona treba da omogući praktikantima da steknu praktična znanja i veštine. Stoga se ugovorom o radnoj praksi ili ugovorom o radu (ako je on osnov za obavljanje radne prakse) moraju precizirati ciljevi radne prakse koji se tiču učenja i obuke praktikanta. Ugovornice, pritom, uživaju visok stepen autonomije prilikom određivanja komponenti učenja i obuke, a što u krajnjem

¹³⁸ Lord Wedderburn of Charlton, „Hiring procedures“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 4, 1986, 183–184.

¹³⁹ Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969, 93.

¹⁴⁰ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 7, st. 2.

¹⁴¹ *Ibidem*, čl. 19, st. 4.

¹⁴² Preporuka Saveta EU, st. 4.

ishodu znači da radna praksa može biti usmerena na sticanje bilo koje veštine za koju su se poslodavac i praktikant sporazumeli. Ugovor, otud, može uključivati ciljeve vezane za sticanje veština koje su specifično vezane za rad kod određenog poslodavca ili, pak, ciljeve vezane za sticanje tzv. prenosivih veština, koje praktikantu omogućavaju bolju integraciju na tržištu rada (u smislu mogućnosti ispunjavanja posebnih uslova za zasniavanje radnog odnosa na poslovima kod različitih poslodavaca).¹⁴³

Budući da se radna praksa ne svodi na praktičnu primenu teorijskih znanja, od poslodavca se očekuje da praktikantu prenosi znanja, da mu objašnjava radni proces, da ga obučava i slično.¹⁴⁴ Ovo stoga što je radna praksa „kontrolisano iskustveno učenje“,¹⁴⁵ koje praktikantima omogućava da koriste stečena znanja za identifikaciju i rešavanje problema i da, pri izvršavanju poverenih profesionalnih zadataka, primenjuju veštine kritičkog mišljenja, poput analize, sinteze i evaluacije.¹⁴⁶ S tim u vezi, treba imati u vidu da se od nemalog broja praktikanata zahteva samo obavljanje jednostavnijih radnih zadataka koji ne omogućavaju intenzivnije učenje, odnosno sticanje osobenih veština. Reč je, preciznije, o riziku da u prakse ne bude uključen solidan i smislen sadržaj za učenje, odnosno da izostaje nadzor nad ostvarenim napretkom. Isto vredi i za rizik da se praktikantima poverava obavljanje radnih zadataka nekvalifikovanih radnika ili, pak, obavljanje ličnih poslova mentora ili njihovih nadređenih.

Kvalitet radnih praksi, otud, presudno zavisi od interakcije i aktivnosti triju subjekata: praktikanta, poslodavca i mentora.¹⁴⁷ Iz tog razloga se u stranim pravima redovno propisuje minimalni broj godina radnog iskustva mentora, kao i maksimalni broj praktikanata s kojima mentor možete raditi istovremeno. Nažalost, merodavni propisi, po pravilu, ne uvažavaju činjenicu da većina zaposlenih kod poslodavca, koji ispunjavaju uslove da budu imenovani za mentora, redovno nije ili nije u dovoljnoj meri, pripremljena za mentorski rad s praktikantima.¹⁴⁸ Mentori, naime, neretko nisu obučeni kako da svoje aktivnosti prilagode karakteristikama svakog praktikanta, iako je jedan od bitnih elemenata sistema za razvoj veština, upravo, podrška obuci mentora (*training of trainers*).¹⁴⁹

¹⁴³ A. Rosin (2017), op. cit., 33.

¹⁴⁴ E. Kardava, op. cit., 116.

¹⁴⁵ D. D. Burke, R. Carton, op. cit., 102.

¹⁴⁶ *Ibidem*, 102.

¹⁴⁷ Jean-François Métral, Paul Olry, „Un stage formateur: pour qui? Pour quoi?“, *Le stage: formation ou exploitation?* (dir. Vincent de Briant, Dominique Glaymenn), Rennes, 2013, 112.

¹⁴⁸ Sébastien Paradis, „La supervision des stagiaires: Comment mieux soutenir les professeurs-superviseurs“, *Pédagogie collégiale*, br. 1, 2016, 30.

¹⁴⁹ „The youth employment crisis: A call for action“, Resolution and conclusions of the 101st Session of the International Labour Conference, Geneva, 2012, tač. 26, st. i), m).

Nacrtom zakona o radnoj praksi srpskog ministarstva za poslove radna praksa je uređena kao sticanje znanja, veština i iskustva pod mentorstvom poslodavca ili mentora, kao lica koje je poslodavac odredio da realizuje plan obavljanja radne prakse, kroz neposrednu podršku i prenošenje praktičnih znanja i veština praktikantu.¹⁵⁰ Praktikant, pritom, obavlja radnu praksu u skladu sa planom koji sačinjava poslodavac, a kojim se utvrđuju ciljevi radne prakse, zadaci čije obavljanje treba da doprinese ostvarivanju tih ciljeva, i praćenje rezultata koje je praktikant postigao.¹⁵¹ Nacrt, konačno, potvrđuje i pravo praktikanta da dobije potvrdu o obavljenoj praksi, koja se može koristiti kao dokaz o radnom iskustvu prilikom učešća u oglasu ili konkursu za obavljanje posla za drugog poslodavca.¹⁵²

PRAVA I OBAVEZE PRAKTIKANTA I POSLODAVCA

U svim pravnim sistemima, kao jedno od centralnih pitanja vezanih za uređivanje radnih praksi pojavljuje se pitanje da li praktikantima treba obezbediti radnopravnu zaštitu ili je bolje koristiti druge pravne instrumente za sprečavanje prekarizacije radnih praksi.¹⁵³ S tim u vezi, ne treba gubiti iz vida to da u nekim državama, prekarizaciji radnih praksi vodi i uvođenje osobenog pravnog režima za radne prakse, koji praktikantima omogućava pristup samo nekolicini radnih prava. U tom smislu, u literaturi preovlađuje stav da obezbeđivanje dostojanstvenih uslova za organizovanje i obavljanje radnih praksi nije moguće ukoliko se s praktikantima ne zasniva radni odnos (uz garantovanje svih prava iz radnog odnosa), a ako se zakonodavac odluči da pravni osnov za obavljanje radne prakse bude ugovor kojim se ne zasniva radni odnos, onda se kao imperativ pojavljuje obezbeđivanje što je moguće šireg kataloga i obima prava praktikanata (u smislu što većeg stepena upodobljavanja njihovih uslova rada uslovima rada zaposlenih kod poslodavca). Stoga se neprihvatljivim čine izostanak naknade za rad praktikanata, neograničenost njihovog radnog vremena, izostanak zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, te nepokrivenost praktikanata obavezanim zdravstvenim osiguranjem. Iz ovih razloga, u stranim pravima preovlađuje rešenje po kom praktikante koji rade van radnog odnosa treba smatrati zaposlenima najmanje u smislu zakonskih odredaba o bezbednosti i zdravlju na radu, zlostavljanju na radu, diskriminaciji na radu i zdravstvenom osiguranju.

¹⁵⁰ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 12.

¹⁵¹ *Ibidem*, čl. 13, st. 2.

¹⁵² *Ibidem*, čl. 40.

¹⁵³ A. Rosin (2017), op. cit., 5.

To, dalje, znači da poslodavci koji organizuju radne prakse, po pravilu, imaju dve osnovne i niz sporednih obaveza. Prva osnovna obaveza poslodavaca se, pritom, tiče *obezbeđivanja obavljanja profesionalnih zadataka* neophodnih za sticanje praktičnih znanja i veština, u skladu s planom obavljanja radne prakse. Na tom fonu je i obaveza obezbeđivanja svih potrebnih sredstava za izvršavanje profesionalnih zadataka, pri čemu je poslodavcima zabranjeno naplaćivanje troškova obuke, prevoza, sredstava za rad i drugih troškova od praktikanta. Prvu osnovnu obavezu poslodavca čini, dakle, obaveza da stvarno angažuje praktikanta, tj. da mu omogući sticanje praktičnih znanja i veština.¹⁵⁴ Drugu osnovnu obavezu poslodavca čini *obaveza isplate naknade za obavljanje radne prakse*, o kojoj će kasnije iscrpno biti reči.

U *sporedne obaveze poslodavca*, najpre, ulazi obaveza zaštite zdravlja, bezbednosti i dostojanstva praktikanta. U stranim pravima, odgovarajuća obaveza se redovno propisuje blanketnim normama, tj. normama koje upućuju na posebne zakone o bezbednosti i zdravlju na radu, o sprečavanju zlostavljanja na radu ili o zabrani diskriminacije. Ovo stoga što svaki deo zakonodavstva ima svoje ciljeve, koji odgovaraju određenim opštim vrednostima koje pravo nastoji da zaštiti ili unapredi, tako da su i posebni zakoni na koje se upućuje usmereni ne samo na zaštitu zaposlenih, već i na zaštitu određenih grupa lica koja rade van radnog odnosa, uključujući praktikante.¹⁵⁵ S tim u vezi, ne treba gubiti iz vida ni to da solidan osnov za unapređenje položaja praktikanata pružaju instrumenti za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, budući da tumačenje merodavnog nacionalnog zakonodavstva u svetlu međunarodnih garantija ljudskih prava i osnovnih sloboda vodi uočavanju dodatnih obaveza od značaja za stvaranje uslova za delotvorno uživanje određenih prava i sloboda za vreme obavljanja radne prakse.¹⁵⁶ To, pre svega, vredi za garantiju prava na poštene i pravdane uslove rada, kao i za garantiju slobode udruživanja, posebno što je Komitet za slobodu održivanja MOR potvrdio da i lica angažovana na osnovu ugovora o stručnoj obuci imaju pravo na organizovanje.¹⁵⁷

Konačno, strana zakonodavstva redovno propisuju da poslodavac i kandidat za obavljanje radne prakse imaju *predugovornu dužnost obaveštavanja*, a po zaključenju

¹⁵⁴ B. Waas, op. cit., 122.

¹⁵⁵ A. Paz-Fuchs, op. cit., 267.

¹⁵⁶ Annika Rosin, „Fundamental rights broadening the scope of labour law? The example of trainees“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 287.

¹⁵⁷ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, ILO, Geneva, 2006, st. 258–259.

ugovora o radnoj praksi – i obavezu da jedan drugog obaveste o pitanjima od značaja za primenu ugovora. Poslodavčeva obaveza obaveštavanja je, pritom, posebno značajna za kvalitet radne prakse, imajući u vidu da nedostatak informacija predstavlja jedan od osnovnih uzroka lošeg kvaliteta radnih praksi i problem s kojim se praktikanti mnogo češće suočavaju nego zaposleni.

Nacrtom zakona o radnoj praksi neposredno su uređena prava na zaštitu dostojanstva, zaštitu podataka o ličnosti, bezbednost i zaštitu zdravlja, ograničeno radno vreme i naknadu za obavljanje radne prakse.¹⁵⁸ Osim toga, na praktikante su prošireni određeni aspekti radnopravne zaštite. Reč je, preciznije o odredbama Zakona o radu koje se odnose na odmor u toku dnevnog rada, dnevni, nedeljni i godišnji odmor, zaštitu omladine i naknadu troškova u vezi sa radom.¹⁵⁹ Pravo na zaštitu od diskriminacije i od zlostavljanja na radu, kao segmenti prava praktikanta na dostojanstvo, uređeni su instruktivnom normom, tj. upućivanjem na antidiskriminaciono zakonodavstvo i na Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, u čija područja primene već ulaze određene kategorije lica angažovanih van radnog odnosa. Pored toga, praktikantu je priznato pravo na neposrednu podršku mentora u učenju i obuci, pravo da, u slučaju nedostataka u sticanju veština, od mentora dobije obaveštenje o ovim nedostacima, kao i uputstvo i primereni rok za unapređenje veština, te pravo da po obavljenoj praksi dobije potvrdu. Praktikant ima i prava iz obaveznog penzijskog i invalidskog osiguranja, kao i obaveznog zdravstvenog osiguranja, u skladu s merodavnim zakonima, dok je njegova osnovna obaveza vezana za obavljanje poverenih radnih zadataka u vreme i na mestu koje odredi poslodavac, uz poštovanje organizacije rada i poslovanja kod poslodavca. Takođe, Nacrt zakona potvrđuje obavezu čuvanja poslovne tajne, kao i zaštitu pronalaska koji praktikant ostvari tokom radne prakse ili u vezi sa radnom praksom.

Pravo na naknadu za obavljanje radne prakse

U mnogim savremenim državama, postoji praksa obavljanja radnih praksi bez ili uz skromne naknade, čime se radne prakse pretvaraju u *novi oblik prekarnog rada*. U delu literature, radne prakse se, štaviše, smatraju „arhetipom prekarnog zapošljavanja / radnog angažovanja“, zajedno s prividnim volonterskim radom i radom ustupljenih radnika, koje zapošljavaju agencije za privremeno zapošljavanje.¹⁶⁰ Takođe, neki autori, s pravom, ukazuju da prihvatanje neplaćenih ili nisko

¹⁵⁸ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 21–25.

¹⁵⁹ *Ibidem*, čl. 6, st. 1–4.

¹⁶⁰ B. Waas, op. cit., 113.

plaćenih radnih praksi vodi segmentaciji tržišta rada i institucionalizaciji diskriminacije mladih.¹⁶¹ Na to je nedavno upozorio i Evropski parlament, pozvavši države članice EU da „mladim osobama olakšaju pristup plaćenim, kvalitetnim i inkluzivnim radnim praksama i pripravničkom radu“, da „neplaćene radne prakse osude kao oblik eksploatacije mladih radnika, i povredu njihovih prava“, te da predlože „zajednički pravni okvir, koji će obezbediti pravičnu naknadu za radne prakse i pripravnički rad, kako bi se izbegle eksploatatorske prakse“.¹⁶² Takođe, treba imati u vidu i da je u nekim državama, široko pribegavanje neplaćenim radnim praksama dovelo do formiranja udruženja posvećenih ukazivanju na prekaru prirodu neplaćenih radnih praksi i uvećane zahteve obrazovnih ustanova za neplaćenim radom studenata tokom akademskih studija.¹⁶³

S druge strane, sudovi nekih država, kao i državne agencije, koje učestvuju u zaštiti prava praktikanata, redovno navode kao argument zbog kog je prihvatljivo da praktikanti rade bez naknade ili za naknadu koja je niža od zarada – nedostatak radnog iskustva, kao i to da su veštine, znanja i radno iskustvo koje praktikant stekne obavljanjem radne prakse – protivprestacije za profesionalne zadatke koji su izvršili za poslodavca.¹⁶⁴ Evropski komitet za socijalna prava je, međutim, rezonovao drugačije, kada je, povodom kolektivne pritužbe, koju je Evropski forum za mlade podneo protiv Belgije, zbog raširene prakse organizovanja besplatnih radnih praksi – utvrdio povredu garantije prava radnika na zaradu koja njemu i njegovoj porodici obezbeđuje dostojan životni standard. Pritužilac je, naime, smatrao da do povrede ovog prava, kao i prava mladih radnika i pripravnika na pravičnu zaradu ili drugu odgovarajuću naknadu, dolazi zato što je nejasnim zakonskim definicijama i drugim nejasnim odredbama Zakona o pravima volontera omogućeno ekstenzivno organizovanje neplaćenih radnih praksi na otvorenom tržištu, čak i pod krinkom ugovora o volontiranju. Iako navedeni zakon ne uređuje radne prakse, neretko se, naime, dešava da se (prividno) volontiranje zloupotrebljava za obezbeđivanje jeftine

¹⁶¹ J. López López, op. cit., 321. i dalje.

¹⁶² European Parliament resolution on empowering European youth: post-pandemic employment and social recovery (2021/2952/RSP/), tač. 15.

¹⁶³ To je, primera radi, slučaj s organizacijama *Canadian Intern Association* i *Students Against Unpaid Internship Scams* u Kanadi, dok je nevladina organizacija *Brussels Interns NGO (Blngo)* u 2016. godini pokrenula inicijativu „Just Pay! Unpaid is illegal!“. Nav. prema: Andrew Langille, „Lost in transition: The regulation of unpaid labour during school-to labour market transition in Ontario“, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, br. 1, 2015, 1–24; European Committee of Social Rights, *European Youth Forum (YFJ) v. Belgium*, 8. 9. 2021. (Complaint No. 150/2017), st. 21.

¹⁶⁴ A. Rosin, M. Erikson, op. cit., 205.

alternative plaćenom radu zaposlenih. Štaviše, u pritužbi je ukazano i na propuštanje Belgije da obezbedi delotvoran i sistematičan inspeksijski nadzor, u cilju otkrivanja i sprečavanja zloupotreba volontiranja, posebno onih koje se tiču zamene postojećih zaposlenih volonterima i praktikantima koji nemaju pravo na naknadu za obavljanje radne prakse. Konačno, pritužilac je smatrao da je neplaćanjem radnih praksi uspostavljena diskriminacija mladih koji ne mogu sebi da priušte luksuz da rade bez naknade tokom dužeg vremenskog perioda, ali i diskriminacija praktikanata koji besplatno obavljaju radnu praksu, budući da je njima uskraćeno pravo na pravičnu zaradu koje je garantovano ostalim kategorijama radnika. Evropski komitet za socijalna prava je zaključio da Zakon o pravima volontera jasno razlikuje volontiranje od radnih praksi, ali da ostali merodavni propisi dopuštaju neplaćene radne prakse, što potencijalno može biti zloupotrebjeno, ukoliko prava i obaveze poslodavca i praktikanta ostanu neuređena ugovorom. Takođe, Komitet je utvrdio povredu garantije prava na dostojanstvenu zaradu, između ostalog i stoga što inspekcija rada nije dovoljno efikasno otkrivala i sprečavala prividne radne prakse, odnosno što nije postupala proaktivno u ovoj oblasti. Ovo posebno stoga što mladi radnici neretko nisu svesni svojih prava, niti žele da pokreću postupke protiv poslodavaca, redovno iz straha da time ne ugroze svoje izgleda za zaposlenje.¹⁶⁵ Upravo iz tih razloga, potreban je proaktivan pristup inspekcije rada, ne bi li se javnost edukovala o prividnim praksama i istražili problemi (odnosno procenili rizici) koji prate primenu ugovora o radnoj praksi. Takođe, utvrđena je i diskriminacija praktikanata u ostvarivanju prava na dostojanstvenu zaradu.

Uvođenje plaćenosti, kao bitnog elementa radne prakse je, dakle, važno kako bi se sprečila eksploatacija rada mladih radnika, ali to nije i jedini razlog zbog kog se ovo rešenje predlaže. Plaćenost radnih praksi je važna i zbog činjenice da su praktikanti koji su plaćeni za obavljanje prakse motivisaniji da ulažu značajan trud u sticanje iskustva, znanja i veština tokom radne prakse, i u stanju su da se više posvete učenju i sticanju veština i praktičnih znanja. Ovo stoga što im naknada olakšava zadovoljavanje potrebe za ekonomskom sigurnošću (u smislu izostanka potrebe da nađu drugo zaposlenje / radno angažovanje, odnosno drugi izvor sredstava za izdržavanje). Takođe, praktikanti koji obavljaju plaćene radne prakse imaju i veće izgleda da se kasnije zaposle kod poslodavca, budući da poslodavci redovno koriste plaćene radne prakse kao svojevrsnu prethodnu proveru radnih sposobnosti budućih kandidata za zaposlenje.¹⁶⁶ Nadalje, plaćene radne prakse su posebno

¹⁶⁵ European Committee of Social Rights, *European Youth Forum (YFJ) v. Belgium*, 8. 9. 2021. (Complaint No. 150/2017), st. 145.

¹⁶⁶ Paula McDonald, Andrew Stewart, Damian Oliver, „Challenging the assumptions supporting work experience as a pathway to employment“, *Internships, employability and the search for*

značajne za praktikante iz manjih mesta, koji drugačije ne bi mogli da pokriju troškove smeštaja i prevoza, posebno što se većina radnih praksi organizuje, upravo, u većim gradovima.¹⁶⁷ Isto vredi i za druge kategorije praktikanata koji, zbog loše finansijske situacije, ne bi mogli sebi da priušte obavljanje neplaćene radne prakse tokom nekoliko meseci. Konačno, prilikom razmatranja dopuštenosti neplaćenih radnih praksi ne treba gubiti iz vida ni potrebu da se obezbedi dobro funkcionisanje tržišta rada, budući da je za sprečavanje neloyalne konkurencije važno da se onemogući zadovoljavanje trajnije potrebe za radom radnika kroz besplatno angažovanje praktikanata.¹⁶⁸ S druge strane, ne sme se prevideti ni potreba da se, prilikom uređivanja radnih praksi mora voditi računa kako o potrebi da se otkloni rizik eksploatacije rada mladih radnika, tako i o potrebi da se pristup radnim praksama obezbedi što je moguće većem broju lica, a što nije lako postići, ukoliko se naknade za obavljanje radnih praksi postave previsoko.¹⁶⁹

decent work experience (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O`Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 83.

¹⁶⁷ Ovo pitanje se razmatra kao *vid rizika diskriminacije mladih radnika, i na osnovu uzrastu i na osnovu imovnog stanja*, kako u literaturi (J. López López, op. cit., 321–334), tako i u „juri-sprudenciji“ Komiteta ministara Saveta Evrope. U tom smislu se ukazuje na posebne izazove s kojima se suočavaju mladi radnici koji ne uživaju finansijsku podršku porodice prilikom ulaska u tržište rada: „Radne prakse nekima obezbeđuju značajan korak u procesu tranzicije (iz sveta obrazovanja u svet rada – Lj. K.), ali bi trebalo da pružaju i odgovarajuću naknadu, u cilju zaštite jednakih mogućnosti i pružanja podrške pravima mladih na autonomiju i na dostojanstveni životni standard.“ (Recommendation CM/Rec (2016)7 of the Committee of Ministers to Member States on young people’s access to rights, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 September 2016, Explanatory memorandum.) Sličan stav izražen je i u odluci koji je Evropski ombudsman doneo povodom pritužbe Austrijanca koji je obavljao neplaćenu radnu praksu u Delegaciji EU u Aziji. Evropski ombudsman je zaključio da su *neplaćene radne prakse diskriminatorne prema mladima skromnog imovnog stanja*, budući da predstavljaju privilegiju samo za one s dovoljnim finansijskim sredstvima. U tom smislu se organizovanjem neplaćenih radnih praksi produbljuje socijalna isključenost mladih iz siromašnih sredina, jer zbog nedostaka finansijskih sredstava neće moći da iskoriste tako vrednu priliku za unapređenje svojih veština i znanja, a što, dalje, znači i njihove manje mogućnosti za pronalaženje kvalitetnih poslova. Istovremeno je zaključeno da neplaćene prakse u delegacijama EU predstavljaju lošu upravu, jer obavljanje radnih praksi u EU neće biti privlačno svim odličnim kandidatima, već samo onima među njima koji (ili čije porodice) imaju dovoljno finansijskih sredstava da se izdržavaju tokom prakse, a što nije u interesu delegacija u EU (Decision in case 454/2014/PMC concerning the European External Action Service’s practice of offering unpaid traineeships in EU Delegations, 21. 9. 2017, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/83909>, 31. 7. 2022). Ova odluka Evropskog ombudsmana podstakla je Evropsku službu za spoljne aktivnosti da suspenduje besplatne radne prakse.

¹⁶⁸ A. Rosin, M. Erikson, op. cit., 189.

¹⁶⁹ K. Müller, op. cit., II.

Visina naknade za obavljanje radne prakse treba da odražava činjenicu da praktikant obavljanjem radne prakse dobija priliku da stekne iskustvo, veštine, praktična znanja i kontakte (s poslodavcima i s njihovim klijentima) od značaja za razvoj profesionalne karijere, bogatiju radnu biografiju i izgleda za pronalažanje posla kod istog ili drugog poslodavca, kao i da se upozna sa zahtevima posla, profesije i određene privredne grane ili delatnosti.¹⁷⁰ Takođe, prilikom utvrđivanja visine naknade za obavljanje radne prakse mora se imati u vidu i načelo jednakog plaćanja za rad iste vrednosti. U tom smislu, Komitet za primenu konvencija i preporuka MOR smatra da naknada za obavljanje radnih praksi treba da odgovara kvantitetu i kvalitetu obavljenih profesionalnih zadataka, budući da radno vreme praktikanta nije u celosti ispunjeno obavljanjem profesionalnih zadataka, već uključuje i sate tokom kojih praktikant uči i obučava se.¹⁷¹ Iz tog razloga, visina naknade za obavljanje radne prakse treba da bude određena u odgovarajućem procentu od osnovne zarade na određenom poslu. U tom smislu, interesantnim se čini rešenje iz španskog prava, gde zakonodavac razlikuje praktikante koji zasnivaju radni odnos i praktikante koji rade na osnovu ugovora o radnoj praksi, kojim se ne zasniva radni odnos. Radni odnos, pritom, mogu zasnovati samo praktikanti mlađi od 30 godina, koji su završili fakultet ili program stručne obuke, a ostvaruju zaradu u određenom procentu od zarade na koju imaju pravo zaposleni na ekvivalentnoj poziciji, a najmanje u iznosu od 60 posto tokom prve godine prakse, odnosno najmanje 75 posto tokom druge godine prakse, pri čemu zarada u svakom slučaju ne sme biti niža od nacionalne minimalne zarade.¹⁷² Kada je, međutim, reč o praktikantima koji ne zasnivaju radni odnos, naknada za obavljanje radne prakse ne sme biti niža od 80 posto od minimalnog prihoda u Španiji.¹⁷³ I u drugim državama, npr. u Nemačkoj i Luksemburgu, pravo na punu minimalnu zaradu imaju samo fakultetski obrazovani praktikanti, dok se za praktikante s nižim stepenom obrazovanja naknada određuje u nižem iznosu (45–70 posto minimalne zarade, zavisno od nivoa obrazovanja).¹⁷⁴

¹⁷⁰ Jenny Julén Votinius, Mia Rönmar, „Internships and apprenticeships in Sweden, collective bargaining and social partner involvement“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Andrew Stewart, Rosemary Owens, Niall O’Higgins, Anne Hewitt), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 145. Slično i: J. López López, op. cit., 324.

¹⁷¹ „Minimum wage systems“, *General Survey of the reports on the Minimum Wage Fixing Convention*, 1970 (No. 131), and the *Minimum Wage Fixing Recommendation*, 1970 (No. 135), Geneva, 2014, st. 188.

¹⁷² G. Kalvelage, op. cit., 17.

¹⁷³ Taj procenat obezbeđuje naknadu u visini od oko 530 evra, što je niže od minimalne zarade (J. López López, op. cit., 330).

¹⁷⁴ G. Kalvelage, op. cit., 27.

S tim u vezi, valja imati u vidu da je u delu nemačke literature, proširenje primene pravila o minimalnoj zaradi i na praktikante kritikovano kao povreda načela jednakosti pred zakonom, s argumentom da podrazumeva izjednačavanje određenih vrsta radnih praksi s radnim odnosom, u delu koji se tiče minimalne zarade.¹⁷⁵ Ipak, prevladuje stanovište da praktikanti treba da uživaju pravo na naknadu u visini minimalne zarade, zbog činjenice da, poput zaposlenih, i oni obavljaju zavisni rad po nalogima poslodavca, dok je cilj radne prakse koji se tiče obuke i koji je, nesporno kriterijum za razlikovanje radne prakse od radnog odnosa, „objektivno teško dokazati, zbog čega je u prošlosti dovodio do značajnih problema prilikom predstavljanja činjenica i dokaza za identifikaciju abuzivne fiktivne radne prakse. Usled toga, radne prakse i radni odnosi su tako bliski da u nekim aspektima, zakonodavstvo prema njima postupa jednako“.¹⁷⁶

ULOGA SOCIJALNIH PARTNERA U ORGANIZOVANJU RADNIH PRAKSI

Uporedna iskustva pokazuju da uspešna organizacija radnih praksi počiva na partnerstvu organa javne vlasti i profesionalnih organizacija radnika i poslodavaca. Ono bi, po oceni MOR, naročito trebalo da uključi učešće socijalnih partnera u osmišljavanju, implementaciji i nadzoru nad primenom politika i programa obuke i celoživotnog učenja, ne bi li se što adekvatnije uvažile potrebe sveta rada.¹⁷⁷ Na to se nadovezuje i uspostavljanje (bipartitnog i tripartitnog) socijalnog dijaloga o standardizaciji kvalifikacija, usklađivanju veština s potrebama tržišta rada, i unapređenju stručnog obrazovanja i obuke kroz radne prakse.¹⁷⁸ Osim toga, za uspešno organizovanje radnih praksi važno je i ohrabrivanje preduzeća na otvaranje slobodnih mesta za praktikante, podizanje svesti o radnim pravima mladih radnika, kao i unapređenje uslova rada praktikanata kroz kolektivno pregovaranje.¹⁷⁹ Nadalje, ne sme se gubiti iz vida ni uloga socijalnih partnera u kontroli zakonitosti organizovanja radnih praksi. Tome je, primera radi, u francuskom pravu služila obaveza poslodavaca s više od 300 zaposlenih da svaka tri meseca obaveštavaju savet zaposlenih o broju primljenih praktikanata i o profesionalnim zadacima koji

¹⁷⁵ B. Waas, op. cit., 127.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ The youth employment crisis: A call for action. Resolution and conclusions of the 101st Session of the International Labour Conference, Geneva, 2012, tač. 25, i tač. 27, st. a).

¹⁷⁸ *Ibidem*, tač. 26, st. b).

¹⁷⁹ *Ibidem*, tač. 27, st. b)–d).

su im povereni. Kada je, međutim, reč o malim i srednjim poslodavcima, obaveza obaveštavanja smatrala se ispunjenom ukoliko su u poslodavčev godišnji izveštaj o ekonomskoj situaciji u preduzeću uneti podaci o broju primljenih praktikanata i uslovima njihovog angažovanja.¹⁸⁰ Potonji primer ukazuje na važnost učešća predstavnika radnika u donošenju odluka od značaja za prilagođavanje radne sredine promenama na tržištu rada, kao i odluka od značaja za obezbeđivanje kompetentnih radnika u preduzeću.¹⁸¹ Osim toga, sindikati su zainteresovani i za postizanje međugeneracijske solidarnosti, budući da mentorski rad omogućava prenošenje praktičnih znanja i iskustava među različitim generacijama radnika, što je važno i za starije radnike, u smislu koncepcije aktivnog starenja.¹⁸² Konačno, socijalni partneri mogu izraditi i model ugovora o radnoj praksi, uz uvažavanje specifičnih prilika koje postoje u tim radnim sredinama.

U duhu potrebe za stvaranjem uslova za delotovorno učešće zaposlenih u odlučivanju, kao i potrebe sprečavanja zloupotrebe radnih praksi, Nacrtom zakona o radnim praksama je potvrđena dužnost poslodavca da obavesti i konsultuje sindikat ili predstavnike zaposlenih o uslovima obavljanja radne prakse kod poslodavca.¹⁸³ Takođe, poslodavac je dužan i da im dostavi spisak praktikanata na početku svake kalendarske godine, s podatkom o poslovima koje obavljaju i ciljevima njihovog učenja i obuke.

* * *

Može se zaključiti da je izradom Nacrta zakona o radnoj praksi učinjen mali, ali važan korak u unapređenju zapošljivosti mladih radnika u Republici Srbiji. Ovo stoga što je za korišćenje prednosti radnih praksi, ali i za sprečavanje zloupotreba ovog instituta, izuzetno značajno da radne prakse budu uređene. Iskustva iz drugih pravnih sistema, naime, pokazuju da su uređene radne prakse uspešnije u povezivanju sveta obrazovanja i sveta rada, nego što je to slučaj s neuređenim radnim praksama, koje neretko odlikuju besplatnost ili nesigurnost prihoda, duži periodi angažovanja i nesiguran pravni položaj praktikanata.¹⁸⁴ Zakonska uređenost radnih praksi je, dakle, garant njihovog kvaliteta i delotovornosti. Ipak, to nije dovoljno za postizanje dobrih rezultata, jer zakon ne može rešiti sve probleme koji

¹⁸⁰ D. Baugard, op. cit., 248.

¹⁸¹ J. J. Votinius, M. Rönmar, op. cit., 155–156.

¹⁸² *Ibidem*, 158.

¹⁸³ Nacrt zakona o radnoj praksi, čl. 43.

¹⁸⁴ A. Stewart, R. Owens, N. O' Higgins, A. Hewitt, op. cit., 336.

prate prelazak mladih iz sveta obrazovanja u svet rada. Novi zakon o radnoj praksi će, naime, moći da ostvari svoje ciljeve tek ukoliko država bude obezbedila poslodavcima dovoljno podsticaja za radno angažovanje radnika bez radnog iskustva. U tom smislu, postoji potreba da usvajanje zakona o radnoj praksi bude praćeno obezbeđivanjem poreskih i drugih podsticaja, kako usvojene odredbe ne bi ostale samo „mrtvo slovo na hartiji“.¹⁸⁵ Isto važi i za obezbeđivanje delotvornog inspekcijuskog nadzora nad primenom budućeg zakona, kao i za učešće socijalnih partnera u aktivnostima od značaja za unapređenje uslova za obavljanje radne prakse. Konačno, postoji i potreba preispitivanja kruga lica koja se mogu kvalifikovati kao praktikanti, jer je sticanje znanja, veština i radnog iskustva potrebno pripadnicima svih starosnih kategorija, posebno imajući u vidu ubrzanu dinamiku pojave novih zanimanja i novih zahteva za obavljanje postojećih zanimanja, kao i položaj pojedinca na savremenom tržištu rada, gde se od radnika može očekivati da zameni zanimanje i posle navršenih 30 godina. Slično, trebalo bi razmisliti i o izostavljanju uslova za sticanje svojstva praktikanta koji se tiče završenog osnovnog obrazovanja i, naročito, o izostavljanju rešenja po kom praktikant, tokom prvih devet meseci od završetka školovanja, radnu praksu može da obavlja u cilju sticanja iskustava i veština za rad u zanimanju u okviru stečenog nivoa obrazovanja, a što smatramo protivnim ustavnim garantijama prava na rad, slobode rada i slobode izbora zanimanja i zaposlenja.

Prof. Dr. LJUBINKA KOVAČEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

TRAINEESHIP AND THE LEGAL POSITION OF TRAINEES – THE IMPORTANT LABOUR LAW ISSUES

Summary

Faced with the problem of youth unemployment, many modern countries strive to design and implement instruments that will facilitate integration and improve the position of young people on the labour market. These instruments include traineeships, which will enable young workers to gain work experience, practical knowledge and skills, by performing professional tasks under an employer's supervision. Nevertheless, a certain number of employers abuse this institute, especially when it comes to traineeships that are organized without the participation and supervision of educational institutions and the public employment service (the so-called open market traineeships). This particularly

¹⁸⁵ Ljubinka Kovačević, „Le cadre juridique des stages en République de Serbie“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale – English electronic edition*, br. 1, 2022, 217.

refers to the prospect of organizing bogus traineeships, i.e. using trainees to replace “regular” workers whose jobs are permanently necessary. Moreover, employers in many countries often resort to organizing traineeships without pay or with modest pay, turning them into a new form of precarious work, and into a form of exploitation of young workers. Solving the aforementioned problems is further complicated by the fact that traineeships haven’t been legally regulated in many countries, that there is no universally accepted traineeship definition, and that the reliable criteria for trainee qualification and their separation from other workers haven’t been established in case law. The same applies to our legal system, except that the Law on Traineeships was drafted in 2021. This persuaded the author to, in this article, take into consideration the more important labour law issues, which arise in connection with the organization of traineeships on the open market, as well as in connection with their regulation in Serbian, comparative and international law.

Key words: young workers, work experience, bogus traineeships, traineeship wage

Literatura

- Baugard D., „Les stages. Lois et décrets 2006“, *Droit social*, br. 3, 2012.
- Blackham A., „Working at the edges of legal protection: Equality law and youth work experience from a comparative perspective“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O’ Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Božičić D., *Ex ante analiza o uspostavljanju pravnog okvira za radne prakse u Republici Srbiji*, Beograd, 2021.
- Brković R., Urdarević B., *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Beograd, 2020.
- Burke D. D., Carton R., „The pedagogical, legal and ethical implications of unpaid internships“, *Journal of Legal Studies Education*, br. 1, 2013.
- Brudney J. J., „Square pegs and round holes: Shrinking protections for unpaid interns under the Fair Labor Standards Act“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O’ Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Ex-post analiza efekata Zakona o volontiranju, Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja Republike Srbije, Beograd, 2020.
- Durović A., Velez B., Manić Radoičić J., *Unapređenje pravnog okvira za uređenje radnih praksi u Republici Srbiji*, Tim za socijalno uključivanje i smanjenje siromaštva, Beogradska otvorena škola, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2017.
- Fortin N., *Penser les stages*, Ministère de l’éducation, Direction générale de l’enseignement collégial, Cégep du Vieux-Montréal, Services pédagogiques, Centre de ressources didactiques, Montréal, 1984.
- Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, ILO, Geneva, 2006.
- Hillage J., Pollard E., „Employability: Developing a framework for policy analysis“, *Research Brief*, No. 85, Institute for Employment Studies, London, 1998.

- Hunt W., Tzanakou C., „The (non)instrumental character of unpaid internships: Implications for regulating internships“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O`Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- International Labour Conference, 101st Session, „The youth employment crisis: Time for action“, Geneva, 2012.
- International Labour Conference, 110th Session, „A framework for quality apprenticeships“, Geneva, 2021.
- Kalvelage G., *Remuneration of open-market traineeships in EU-27*, European Parliamentary Research Service, Luxembourg, 2021.
- Kaneko M., „Higher education and work in Japan: Characteristics and challenges“, *Japan Labor Review*, br. 2, 2014.
- Kardava E., „Regulation of internship in Georgian and EU legislation“, *Journal of Law*, br. 2, 2021.
- Kovačević Lj., „Predvidivost uslova rada kao pretpostavka delotvornog ostvarivanja radnih prava: Osvrt na Direktivu (EU) 2019/1152“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2020.
- Kovačević Lj., „Le cadre juridique des stages en République de Serbie“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale – English electronic edition*, br. 1, 2022.
- Kommenović B., Lažetić P., Vukasović M., *Nacionalni okvir kvalifikacija*, Centar za obrazovne politike, Beograd, 2010.
- Kresal B., Senčur Peček D., „4. člen (definicija delovnega razmerja)“, *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem* (ur. Belopavlovič N., Kresal B., Kresal Šoltes K., Senčur Peček D.), Ljubljana, 2016.
- Langille A., „Lost in transition: The regulation of unpaid labour during school-to labour market transition in Ontario“, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, br. 1, 2015.
- López López J., „Traineeships and systemic discrimination against young workers“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O`Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Lord Wedderburn of Charlton, „Hiring procedures“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 4, 1986.
- Métral J.-E., Olry P., „Un stage formateur: pour qui? Pour qoi?“, *Le stage: formation ou exploitation?* (dir. de Briant V., Glaymenn D.), Rennes, 2013.
- Müller K., *The quality of traineeships in the EU. European added value assesment*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2022.
- McDonald P., Stewart A., Oliver D., „Challenging the assumptions supporting work experience as a pathway to employment“, *Internships, employability and the search for decent*

- work experience (eds. Stewart A., Owens R., O'Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- O'Kelly K., Muir J., *Taking it seriously – Guide to Recommendation CM/Rec(2015)3 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on the access of young people from disadvantaged neighbourhoods to social rights (2016)*, Council of Europe, Strasbourg, 2016.
- Paz-Fuchs A., „Trainees – the new army of cheap labour: Lessons from workfare“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O'Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Paradis S., „La supervision des stagiaires: Comment mieux soutenir les professeurs-superviseurs“, *Pédagogie collégiale*, br. 1, 2016.
- Perović S. K., *Obligaciono pravo. Knjiga prva*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990.
- Predlozi normativnih izmena režima obavljanja radnih praksi*, Beograd, 2019.
- Quintini G., Martin J. P., Martin S., „The changing nature of the school-to-work transition process in OECD countries“, *Discussion Paper*, No. 2582, Bonn, 2007.
- Reljanović M., „Nacrt zakona o radnoj praksi“, <https://pecanik.net/nacrt-zakona-o-radnoj-praksi/>, 31. 7. 2022.
- Rinne U., Eichhorst W., Marx P., Brunner J., *Promoting youth employment during Covid-19: A review of policy responses*, ILO, Geneva, 2022.
- Roşioru F., „L'adoption de la loi sur 'l'internship'“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, br. 1, 2019.
- Rosin A., „Labour law protection of trainees“, PhD dissertation, University of Turku, Turku, 2017.
- Rosin A., „Fundamental rights broadening the scope of labour law? The example of trainees“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O'Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Rosin A., Erikson M., „A trainee right to a wage: The Estonian situation with comparative insights from Slovenia, the United States of America and Finland“, *European Journal of Social Law*, br. 3, 2014.
- Rosin A., Muda M., „Labour law status of a trainee: The Estonian situation with comparative insights from Finland, France and the US“, *European Labour Law Journal*, br. 4, 2013.
- Senčur Peček D., „Ugotavljanje obstoja delovnega razmerja“, *Vanekovo stoletje: Ob stoletnici rojstva dr. Vaneka Šiftarja* (ur. Senčur Peček D.), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, 2019.
- Sienkiewicz L., *Traineeships under the Youth Guarantee. Experience from the ground*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- Stewart A., „The nature and prevalence of internships“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O'Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.

- Stewart A., Owens R., O`Higgins N., Hewitt A., „Developing new standards for internships“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O`Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Stewart A., Owens R., Hewitt A., Nikoloudakis I., „The regulation of internships: A comparative study“, *Employment*, Working Paper No. 240, Geneva, 2018.
- „Šta piše u izveštaju o javnoj raspravi?“, <https://radneprakse.bos.rs/blog/vesti/15/sta-pise-u-izvestaju-o-javnoj-raspravi>, 27. 7. 2022.
- Tintić N., *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969.
- Tintić N., *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: Radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972.
- Youth specific alternative report to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, for the examination of the Third Periodic Report of the Republic of Serbia Vol. 1, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, January 2022.
- Votinius J. J., Rönnmar M., „Internships and apprenticeships in Sweden, collective bargaining and social partner involvement“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O`Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Waas B., „Rights and obligations in the context of internships and traineeships: A German perspective“, *Internships, employability and the search for decent work experience* (eds. Stewart A., Owens R., O`Higgins N., Hewitt A.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- Working conditions of young entrants to the labour market*, IKEI Research and Consultancy, Dublin, 2013.
- Žarković J., Aleksić D., *Ex ante analiza potrebe za zakonodavnom regulativom radnih praksi u Srbiji*, Beograd, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

TODOR KALAMATIEV
ALEKSANDAR RISTOVSKI

KONVENCIJA BR. 190 MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA NASPRAM MAKEDONSKOG PRAVNOG OKVIRA ZA ZAŠTITU OD NASILJA I UZNEMIRAVANJA NA RADU

Posle višegodišnjeg zalaganja različitih interesnih grupa na globalnom planu za uspostavljanje međunarodnog instrumenta za rad bez nasilja i uznemiravanja, Međunarodna konferencija rada je na 108. zasedanju 2019. godine usvojila dva međunarodna standarda (Konvencija br. 190 i Preporuka broj 206) u cilju sprečavanja i eliminacije nasilja i uznemiravanja u svetu rada. Sadržaj Konvencije br. 190 strukturiran je iz nekoliko delova. U okviru rada autori se osvrću na delove Konvencije koji se odnose na definicije, obim, zaštitu i prevenciju, te sprovođenje i pravne lekove, kao i stepen njihove (ne)usaglašenosti sa domaćim zakonodavstvom. Konvencija br. 190 još uvek nije ratifikovana u Skupštini Republike Severne Makedonije. Međutim, već u martu 2021. socijalni partneri (predstavnici radničkih organizacija, poslodavaca i Vlade) predstavljani u Ekonomsko-socijalnom savetu doneli su jednoglasnu podršku za njenu ratifikaciju.

Ključne reči: nasilje i uznemiravanje u svetu rada, Konvencija br. 190, makedonsko zakonodavstvo

U V O D

Usvajanje Konvencije br. 190 i Preporuke br. 206 Međunarodne organizacije rada (u daljem tekstu MOR) za suzbijanje nasilja i uznemiravanja u svetu rada,

Prof. dr Todor Kalamatiev, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija, e-mail: t.kalamatiev@pf.ukim.edu.mk.

Dr Aleksandar Ristovski, vanredni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija, e-mail: a.ristovski@pf.ukim.edu.mk.

rezultat su višedecenijskog pitanja prepoznavanja i regulisanja nasilja i uznemiravanja na radu i zapošljavanju, na univerzalnom i regionalnom nivou. Na univerzalnom nivou, prepoznavanje i regulisanje nasilja i uznemiravanja na radu u osnovi datira još od osamdesetih godina prošlog veka, najpre u kontekstu „seksualnog uznemiravanja“.¹ Istovremeno, tendencije da se reguliše uznemiravanje i seksualno uznemiravanje prisutne su i unutar Evropske unije, u vidu rezolucija i preporuka,² ali i u vidu direktiva.³

Konvencija MOR o sprečavanju nasilja i uznemiravanja u svetu rada br. 190 iz 2019. godine jeste prvi globalni, međunarodni instrument koji se bavi nasiljem i uznemiravanjem u svetu rada i koji uspostavlja minimalne principe i standarde za prevenciju i sprečavanje nasilja i uznemiravanje u svetu rada, uključujući rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje. U cilju dopune i operacionalizacije sprovođenja odredaba Konvencije br. 190, MOR je usvojio i istoimenu preporuku br. 206. Presudni značaj i istorijski poduhvat Konvencije br. 190 ogleda se u samoj preambuli, u kojoj se, inter alia, *nasilje i uznemiravanje u svetu rada kvalifikuju kao kršenje ili zloupotreba ljudskih prava i kao pretnja jednakim mogućnostima i tretirano je kao neprihvatljivo i nespojivo sa dostojanstvenim radom.*

Regulisanje nasilja i uznemiravanja na radnom mestu i na radu nije nepoznato u makedonskom zakonodavstvu. Nasilje, a pre svega uznemiravanje i seksualno uznemiravanje na radnom mestu i u radu, regulisani su u više zakona, među kojima su najznačajniji Zakon o radnim odnosima iz 2005⁴ i Zakon o zaštiti

¹ Aileen Colgan, „Harassment“, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (eds Dagmar Schiek, Lisa Waddington and Mark Bell), Hart Publishing, 2007, 477–560.

² O ovome v. Rezolucija Evropskog parlamenta o nasilju nad ženama iz 1986; Rezolucija Evropskog saveta o zaštiti dostojanstva žena i muškaraca na radu iz 1990; Preporuka Evropske komisije o zaštiti dostojanstva žena i muškaraca na radu i prateći Kodeks prakse o merama za borbu protiv seksualnog uznemiravanja 1991; Rezolucija Evropskog parlamenta o uznemiravanju na radnom mestu iz 2001; Rezolucija Evropskog parlamenta o merama za sprečavanje i borbu protiv mobinga i seksualnog uznemiravanja na radnom mestu, na javnim mestima i u političkom životu u EU iz 2018. godine.

³ O ovome v. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation (recast), *O. J.*, 2006, L 204; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, *O. J.*, 2000, L 180; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, *O. J.*, 2000, L 303.

⁴ Zakon za radotnite odnosi, *Služben vesnik na RM*, br. 62/05.

od uznemiravanja na radnom mestu iz 2013. godine.⁵ Ratifikacija Konvencije br. 190 i njena dosledna primena u makedonskom zakonodavstvu biće od velikog značaja za unapređenje i dalju izgradnju inkluzivnog, integrisanog i rodno odgovornog sistema za prevenciju i zaštitu od nasilja i uznemiravanja na radu u Republici Severnoj Makedoniji.

DEFINISANJE POJMA „NASILJE I UZNEMIRAVANJE“ U SVETU RADA PREMA KONVENCIJI BR. 190 I MAKEDONSKOM ZAKONODAVSTVU

S obzirom na širok spektar negativnih ponašanja i praksi nasilja i uznemiravanja na radu koji se često preklapaju, svaki pokušaj da se ovi pojmovi razgraniče i tretiraju odvojeno, složena je operacija. Konvencija br. 190 primenjuje integralni pristup, pri čemu se pod jedinstvenim pojmom „nasilje i uznemiravanje u svetu rada“ podrazumeva *niz neprihvatljivih ponašanja i praksi, odnosno pretnji njima, bez obzira na to da li su jednokratna ili ponovljena, koja imaju za cilj ili dovode do, ili će verovatno dovesti do fizičkih, psihičkih, seksualnih ili ekonomskih povreda i šteta, uključuju rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje.*⁶ Integralni pojam „nasilje i uznemiravanje“ u svetu rada u suštini obuhvata dva pojedinačna i odvojena, ali funkcionalno povezana pojma, to su „nasilje“ i „uznemiravanje“ koje Konvencija br. 190 definiše kao sinonime. Određene, starije definicije MOR, pod pojmom „nasilje“ podrazumevale su radnju, incident ili ponašanje suprotno razumnom ponašanju, na osnovu kojeg je lice izloženo napadima, pretnjama ili povredama tokom rada ili kao direktna posledica njegovog/njenog rada.⁷ Međutim, paralelno sa „fizičkim“ nasiljem (na primer: fizički napadi, prebijanje, udaranje nogama, šamar, ubadanje, pucanje, guranje, ujedanje, itd.), u svetu rada, sve češće se pojavljuje i nefizičko ili „psihičko“ nasilje. Psihičko nasilje se može shvatiti kao nanošenje grube i ozbiljne štete psihičkom integritetu žrtve, kroz prinudu, pretnju, verbalno zlostavljanje (na primer: isticanje pesnica, oštećenje ili bacanje predmeta na žrtvu itd.), ili kao uznemiravanje (npr. primer: manipulisanje ugledom osobe, izolovanje, neinformisanje, klevetanje i ismevanje, obezvređivanje u odnosu na korišćenje prava i izraženog mišljenja, postavljanje nemogućih rokova ili nedostižnih ciljeva, nekorišćenje ličnih kapaciteta) što se može manifestovati i kao *buling i/ili mobing*.⁸

⁵ Zakon za zaštita od voznemiruvanje na rabotnoto mestu, *Služben vesnik na RM*, br. 79/13.

⁶ Konvencija o sprečavanju i eliminacije nasilja i uznemiravanja u svetu rada C-190, čl. 1.

⁷ Duncan Chappell, Vittorio Di Martino, *Violence at Work*, International Labour Office, 2006, 10.

⁸ Obično praksa ne pravi jasnu razliku između pojmova „maltretiranje“ i „mobing“ i oni se koriste kao sinonimi da bi se objasnilo ponovljeno uvredljivo ponašanje. U literaturi se pod *bullyingom*

Pored opšteg pojma „nasilje i uznemiravanje“, Konvencija broj 190 definiše i poseban pojam „rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje“ u svetu rada, definišući ga kao „nasilje i uznemiravanje usmereno na lica zbog njihovog pola ili pol, ili koji nesrazmerno pogađa osobe određenog pola ili roda i uključuje seksualno uznemiravanje“.⁹

Makedonsko zakonodavstvo ne definiše eksplicitno pojam „nasilje“ ili „rodno zasnovano nasilje“ na radu. Pojam „nasilje“ je prvenstveno stavljen u kontekst krivičnog prava i regulisan je Krivičnim zakonikom,¹⁰ dok su njegovi specifični oblici kojima su žene nesrazmerno više izložene u odnosu na muškarce (kao što su nasilje u porodici i nasilje nad ženama) predmet regulative određenih posebnih zakona.¹¹ Umesto izraza „nasilje“ na radu, makedonsko zakonodavstvo koristi izraz „uznemiravanje“, koji se u principu može pojaviti u dva oblika, i to: prvi, kao „diskriminacija, odnosno uznemiravanje zasnovano na diskriminaciji na radu, tj. radnom odnosu“ (ovaj pristup koriste: Zakon o radnim odnosima – u daljem tekstu ZRO, Zakon o jednakim mogućnostima žena i muškaraca iz 2012.¹² – u daljem tekstu ZEMŽM i Zakon o sprečavanju i zaštiti od diskriminacije iz 2020. godine¹³ – u daljem tekstu ZSZD) i drugi, kao „uznemiravanje na radnom mestu“ (ovakav pristup zauzet je u Zakonu o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu – u daljem tekstu ZZVRM).

Zakon o radnim odnosima daje definicije pojmova „uznemiravanje“ i „psihičko uznemiravanje – mobing“. Pod uznemiravanjem, ZRO definiše *svako neželjeno*

najčešće podrazumeva individualno uznemiravanje nadređenog prema podređenom ili između kolega na radnom mestu, dok je *mobing* kolektivno uznemiravanje radnika od strane grupe radnika. O ovome v. Lolc Lerouget, L. Camille Heber, „The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the adoption of France’s New Sexual Harassment Law“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 35, 2013, 95. Danas, u digitalnom dobu, sve više se govori o terminu „*cyberbullying*“, koji je shvaćen kao agresivno ponašanje u vezi sa radom, usmereno na pojedinca ili grupu žrtava uz primenu informaciono-komunikacionih tehnologija (SMS poruke, slike/video klipovi, telefonski pozivi, e-pošta, elektronske platforme, veb-sajt / onlajn forumi, društvene mreže, itd). O ovome v. Safe and Healthy Working Environments Free from Violence and Harassment, https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources/library/publications/WCMS_751832/lang--en/index.htm, avgust 2022.

⁹ Konvencija br. 190, čl. 1, st. 1b.

¹⁰ Krivičen Zakon, *Služben vesnik na RM*, br. 37/96.

¹¹ O ovome v. Zakon za prevencija, sprečavanje i zaštita od semejno nasilstvo od 2014. godina, *Služben vesnik na RM*, br. 138/14 i Zakon za sprečavanje i zaštita od nasilstvo vrz ženite i semejno nasilstvo od 2021. godina, *Služben vesnik na RM*, br. 24/21.

¹² Zakon za ednakvi možnosti na ženite i mažite, *Služben vesnik na RM*, br. 6/12.

¹³ Zakon za sprečavanje i zaštita od diskriminacija, *Služben vesnik na RM*, br. 258/20.

ponašanje izazvano bilo kojim od slučajeva iz člana 6. ovog zakona¹⁴ koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva kandidata za zapošljavanje ili radnika, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo ponašanje. Ovako opredeljena definicija pojma „uznemiravanje“ usklađena je sa Direktivom 2000/43/EZ o jednakom tretmanu lica bez obzira na versko ili etničko poreklo, Direktivom 2000/78/EZ o opštem okviru za jednak tretman pri zapošljavanju i zanimanju i Direktiva 2006/54/EC o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblastima zapošljavanja i zanimanja (obnovljena). Na sličan način pojam uznemiravanje definiše i Zakon o sprečavanju i zaštiti od diskriminacije.¹⁵ Prva razlika u definiciji psihičkog uznemiravanja između ZRO i ZZVRM odnosi se na vremenski period tokom kojeg se negativno ponašanje ponavlja. Dok ZRO predviđa period od najmanje šest meseci,¹⁶ ZZVRM ističe da se *psihičko uznemiravanje treba ponavljati kontinuirano i sistematski*,¹⁷ bez davanja određenog vremenskog perioda. Sudska praksa najčešće polazi od kvalifikacije predviđene u ZRO, prema kojoj je uslov za postojanje psihičkog uznemiravanja da je tužilac uznemiravanje trpeo u trajanju od najmanje šest meseci.¹⁸ *Argumentum a contrario*, šanse da se jednokratno negativno ponašanje koje vređa dostojanstvo, integritet, ugled i čast zaposlenog bude kvalifikovano kao psihičko uznemiravanje, bez obzira na to koliko je štetnih posledica izazvalo, veoma su male, jer ni zakonski okvir ni sudski praksa, neće prepoznati takvo ponašanje kao mobing. Druga razlika se tiče mogućih posledica, tj. krajnjeg cilja psihičkog uznemiravanja. Dok prema ZRO krajnji cilj može biti prestanak radnog odnosa ili napuštanje radnog mesta, prema ZZVRM, pored prestanka radnog odnosa ili napuštanja radnog mesta, krajnji cilj psihičkog uznemiravanja može biti i *povreda fizičkog i mentalnog zdravlju i kompromitovanje profesionalne budućnosti*. Sudska praksa se, po našem mišljenju, neopravdano

¹⁴ Reč je o slučajevima koji se tretiraju kao diskriminatorski osnov, a to su: rasno ili etničko poreklo, boja kože, pol, godine, zdravstveno stanje, odnosno invaliditet, versko, političko ili drugo uverenje, članstvo u sindikatu, nacionalno ili socijalno poreklo, porodični status, imovinska situacija, rodna orijentacija ili zbog drugih ličnih okolnosti.

¹⁵ O ovome v. Zakon za sprečavanje i zaštita od diskriminacija, čl. 10.

¹⁶ ZRO, čl. 9-a, st. 1.

¹⁷ ZZVRM, čl. 5, st. 1.

¹⁸ Na primer, ovakav stav zauzima Apelacioni sud u Skoplju, koji u presudi od 8. 11. 2018. godine (ROŽ-1422/18) navodi da je „tužilja od imenovanja tuženog za novog direktora ustanove do podnošenja predmetne tužbe, bila na radnom mestu manje od šest meseci, koji period je predviđen kao minimalni uslov za utvrđivanje postojanja psihičkog uznemiravanja na radnom mestu“. U drugom slučaju, Apelacioni sud u Bitolju, u presudi od 3. 10. 2017. godine (ROŽ-529/17), navodi da „aktivnosti uznemiravanja treba da budu veoma intenzivne najmanje jednom nedeljno ili da se odvijaju u dužem vremenskom periodu, najmanje šest meseci“.

restriktivno drži posledica mobinga na koje ukazuje ZRO. U više tužbi za zaštitu od psihičkog uznemiravanja, sudovi implicitno uslovljavaju kvalifikaciju određenog ponašanja kao mobinga, ukoliko je tužiocu (zaposlenom) prethodno dostavljeno rešenje o prestanku radnog odnosa.¹⁹ *Treća razlika* se odnosi na *pravni tretman psihičkog uznemiravanja*, pri čemu ZZVRM ni u jednoj odredbi ne izjednačava pojam psihičko uznemiravanje sa pojmom diskriminacija. Intencija da se razgraniče uznemiravanje na radnom mestu prema ZZVRM i mobing prema ZRO, postaje još očiglednija s obzirom na indikativnu listu opredeljenu u ZZVRM koja se odnosi na *ponašanja i aktivnosti koje se ne smatraju uznemiravanjem* na radnom mestu i u koje se ubrajaju diskriminacija, kao i pojedinačni akti koje donosi poslodavac, kojima se odlučuje o pravima, obavezama i odgovornosti iz radnog odnosa.²⁰ U praksi, granica između „psihičkog uznemiravanja na radnom mestu“ prema ZZVRM i prema ZRO je veoma tanka i gotovo da i ne postoji. Ovo je tako, jer u postupcima sudske zaštite od mobinga sudovi tolerišu tužbe koje su zasnovane i na ZZVRM (po kome se psihičko uznemiravanje ne ubraja u diskriminaciju) i na ZRO (po kome psihičko uznemiravanje predstavlja diskriminaciju), i u donetim presudama retko se govori o postojanju ili nepostojanju diskriminacije u kontekstu postojanja ili nepostojanja psihičkog uznemiravanja. S druge strane, povreda prava zaposlenih iz radnog odnosa često je u uzročno-posledičnoj vezi sa povredom njihovih ličnih prava (zdravlje, dostojanstvo, integritet, ugled i čast) kao posledica pretrpljenog zlostavljanja na radnom mestu. Uprkos takvoj praksi, u velikom broju slučajeva u kojima psihičko uznemiravanje proističe iz pojedinih suptilnih radnji poslodavca kojima odlučuje o pravima, obavezama i odgovornostima ili lišavanju i onemogućavanju ostvarivanja i korišćenja prava iz radnog odnosa, sudovi nalaze da nema elemenata psihičkog uznemiravanja na radnom mestu.²¹

¹⁹ O ovome v. presude Apelacionog suda u Skoplju: Presuda od 10. 10. 2013. (ROŽ.br.-834/13); Presuda od 15. 10. 2014 (ROŽ. br. 219/14); Presuda od 15. 9. 2016. (ROŽ. 316/15).

²⁰ O ovome v. ZZVRM, čl. 8, st. 1, tačka 1.

²¹ Ovakvi primeri se mogu naći u sledećim slučajevima: Presuda Apelacionog suda u Skoplju (ROŽ 219/14), *gde je tužilac uspeo sa tužbom za poništenje rešenja o otkazu iz poslovnih razloga, što je za posledicu trebalo da ima umanjenje plate, premeštaj na niže radno mesto, radni zadaci koji nisu ispunjavali stručnu spremu, zabrana prisustva zajedničkoj novogodišnjoj proslavi, oduzimanje službenog mobilnog telefona*; Presuda Apelacionog suda u Skoplju (ROŽ-316/15), *gde je poslodavac zaposlenom uručio dva uzastopna rešenja o novčanoj kazni, u periodu od januara do februara, a nije davao radne zadatke, za razliku od ostalih kolega*; Presuda Apelacionog suda u Skoplju (ROŽ-1588/17), *gde je nakon učešća tužioca (šef Odeljenja za ljudske resurse u Osnovnom sudu Skoplje I Skoplje) na protestima tzv. Šarene revolucije, tuženi (predsednik Osnovnog suda Skoplje I Skoplje) ga je nezakonito raspoređivao na obavljanje drugih radnih zadataka sa teško dostupnom normom od 400 predmeta mesečno, što je konstatovala i Državna inspekcija rada, nakon dostavljene prijave o privremenoj sprečenosti*

Uznemiravanje na radu zasnovano na polu, u principu, javlja se u dva oblika: *uznemiravanje na osnovu pola, odnosno roda* i *seksualno uznemiravanje*. Dok je prvi oblik prvenstveno regulisan Zakonom o radnim odnosima i antidiskriminacionim propisima, drugi oblik, pored ZRO i antidiskriminacionih propisa, regulisano je i Zakonom o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu. Definicija rodno zasnovanog uznemiravanja, kao uznemiravanja po osnovu pola, odnosno roda, može se, implicitno, izvesti kroz opštu definiciju pojma „uznemiravanje“ predviđenu članom 9. ZRO. Važno je napomenuti i to da Zakon o radnim odnosima ne predviđa i ne reguliše „rod“ kao poseban diskriminatorni osnov, različit od pola. *Seksualno uznemiravanje*, samo po sebi, pojavljuje se u dva oblika: *neprijateljsko radno okruženje* (hostile work environment) i *usluga za uslugu* (*quid pro quo*). U literaturi se seksualno uznemiravanje koje se javlja u obliku „neprijateljskog radnog okruženja“ shvata kao ponašanje koje stvara zastrašujuće, neprijateljsko ili ponižavajuće okruženje, i susreće se kroz neprihvatljive ili ponižavajuće šale ili komentare seksualne prirode, koji ilustruju uvredljive eksplicitne seksualne materijale itd. S druge strane, seksualno uznemiravanje koje se pojavljuje kao „usluga za uslugu“ (*quid pro quo*) znači odbijanje ili prihvatanje ponašanja koje predstavlja seksualno uznemiravanje, kada je takvo odbijanje ili prihvatanje eksplicitna ili implicitna osnova za donošenje odluke koja utiče na rad. Ovaj oblik seksualnog uznemiravanja postoji, na primer, kada je prihvatanje ili odbijanje određenog seksualnog predloga osnov za donošenje odluke u vezi sa učešćem na sastancima, napredovanjem u karijeri, povećanjem plate, raspoređivanjem radnih zadataka ili produženjem ugovora o radu.²² Makedonsko radno zakonodavstvo samo polovično definiše pojam seksualnog uznemiravanja, određujući samo oblik tzv. neprijateljsko radno okruženje, ali ne i jednako značajan oblik *quid pro quo*. Nadzorna tela MOR kontinuirano ukazuju na potrebu regulisanja *quid pro quo* oblika uznemiravanja, odnosno seksualnog uznemiravanja.²³

za rad zbog bolesti (prijava je objavljena na ličnom fejsbuk profilu i privukla statuse uvredljivog sadržaja) pokrenut je predlog za disciplinski postupak protiv tužioca.

²² Jane Pillinger, *Handbook addressing violence and harassment against women in the world of work*, International Labour Organization and UN Women, 2019, 7.

²³ Komitet eksperata za primenu konvencija i preporuka MOR (CEACR) u poslednjih deset godina uputio je nekoliko zapažanja i direktnih zahteva Vladi S. Makedonije za sprovođenje nacionalnih propisa sa međunarodnim standardima za ravnopravnost i nediskriminaciju. U poslednjem zapažanju iz 2019. godine u kontekstu implementacije Konvencije o diskriminaciji (zapošljavanje i zanimanje) br. 111, Komitet eksperata ponavlja svoj zahtev upućen Vladi S. Makedonije za odgovor na dilemu *da li Zakon o jednakim mogućnostima žena i muškaraca obuhvata oba oblika seksualnog uznemiravanja na radu, tj. „usluga za uslugu“ i „neprijateljsko radno okruženje“*. Pored toga, Komitet eksperata, u Direktnom zahtevu iz 2020. godine, ponovo traži od

OBIM ZAŠTITE OD NASILJA I UZNEMIRAVANJA
U SVETU RADA PREMA KONVENCIJI BR. 190 I
MAKEDONSKOM ZAKONODAVSTVU

Konvencija br. 190 uspostavlja širok personalni obim zaštite i inkluzivan pristup u određivanju „radnika“, odnosno lica u svetu rada, koja su subjekt zaštite od nasilja i uznemiravanja. Pod sveobuhvatnim pojmom „radnici i druga lica u svetu rada“, Konvencija obuhvata zaposlene (*u skladu sa načinom na koji su definisani u nacionalnom zakonu i praksi*) i druge radnike bez obzira na njihov ugovorni status, kao i druga lica u svetu rada (*osobe na obuci, uključujući pripravnike i stažiste; radnici kojima je prestao radni odnos; volonteri; lica koja traže posao i kandidati za zapošljavanje; lica koja vrše ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca*).²⁴ Funkcionalni opseg Konvencije br. 190 obuhvata sve sektore, bez obzira da li su privatni ili javni, kako u formalnoj tako i u neformalnoj ekonomiji, i bez obzira da li se nalaze u urbanim ili ruralnim sredinama.²⁵

Personalni obim zaštite od uznemiravanja, odnosno psihičkog uznemiravanja na radnom mestu u makedonskom pravnom sistemu, pre svega zavisi od propisa koji definišu ove pojmove. Ako se uznemiravanje i psihičko uznemiravanje analiziraju iz ugla Zakona o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu, evidentno je da on uspostavlja širi lični obim zaštite u odnosu na ZRO. *Pored kandidata za zapošljavanje i zaposlenih, ZZVRM se odnosi i na lica angažovana na osnovu ugovora koja učestvuju u radu poslodavca.*²⁶ Dok termini kandidati za zapošljavanje i zaposleni primenjuju iste definicije iz ZRO-a ili u kontekstu ZRO, ZZVRM pojašnjava pojam *lica angažovana po ugovoru*, uključujući i ona lica koja su angažovana na osnovu *ugovora o volontiranju, ugovora o delu, autorskog ugovora i drugih vrsta ugovora.*²⁷ Ovim pristupom delokrug ZZVRM se proširuje i *na druge radnike bez obzira na njihov ugovorni status*, među kojima su najčešće lica angažovana po ugovorima (koji nisu ugovor o radu) direktno od poslodavaca ili preko tzv. „autorske agencije“, honorarci tj. frilenseri itd., a implicitno obuhvata i *volontere. Praktikanti i stažisti* nisu obuhvaćeni Zakonom

Vlade S. Makedonije da pruži informacije u vezi sa: (i) *merama koje je preduzela državna inspekcija rada za sprečavanje i rešavanje seksualnog uznemiravanja*; (ii) *broj zahteva za zaštitu od seksualnog uznemiravanja i broj slučajeva seksualnog uznemiravanja* i (iii) *pružene pravne lekove i izrečene sankcije*.

²⁴ O ovome v. Konvencija br. 190, čl.2, tačka 1.

²⁵ O ovome v. Konvencija br. 190, čl. 2, tačka 2.

²⁶ O ovome v. ZZVRM, čl. 3, st. 1 i 3.

²⁷ O ovome v. ZZVRM, čl. 3, st. 3.

o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu. Praktikanstvo, uključujući prava i obaveze praktikanta, regulisan je posebnim zakonom – Zakonom o praktikanstvu,²⁸ ali ovim zakonom nije predviđena njihova zaštita od uznemiravanja na radnom mestu. Makedonsko radno zakonodavstvo ne poznaje termin „stažisti“. Njihov status najbliži je statusu lica koja sklapaju ugovor o volontiranju, ali pošto ova lica nemaju status zaposlenih, nemaju ni adekvatnu zaštitu u skladu sa Zakonom o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu. U personalnom obimu primene, Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu ne predviđa ni kategoriju *radnika kojima je prestao radni odnos*. Zaštita ovih radnika je ograničena od momenta zakonskog (*de iure*) prestanka (npr. uručenje rešenja o otkazu ugovora o radu) do stvarnog (*de facto*) prestanka (na primer, isteka otkaznog roka), ali ne nakon tog trenutka, jer, faktičkim prestankom radnog odnosa, lice gubi svojstvo zaposlenog.²⁹ Slično, Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu ne pruža zaštitu od uznemiravanja čak ni za lica koja imaju status tražioca posla. Takva zaštita nije predviđena ni posebnim zakonom kojim se reguliše njihov status, tj. Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti. Lica koja vrše ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca je poslednja kategorija radnika, odnosno lica u svetu rada, što je izričito predviđeno članom 2. tačka 1 Konvencije, a implicitno je predviđeno u Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu, koji, određujući obim primene, ovu kategoriju lica meša sa pojmom poslodavac. Ekvivalent ovoj kategoriji, prema makedonskom zakonodavstvu, bili bi članovi organa upravljanja preduzeća i menadžeri, čiji je status regulisan Zakonom o privrednim društvima³⁰ i Zakonom o radnim odnosima,³¹ kao i pretpostavljeni/menadžeri, koji su ovlašćeni da zaključuju pravne poslove ili donose samostalne kadrovske ili organizacione odluke. U praksi se sve osobe koje vrše ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca kolokvijalno nazivaju menadžerima.

Konvencija br. 190 takođe definiše pojam „svet rada“, koji obuhvata širok spektar prostornih i vremenskih parametara, u kojima su lica zaštićena od nasilja i uznemiravanja tokom ili u vezi sa radom. U „svet rada“ mogu se uključivati nasilje i uznemiravanje koji se vrše na: *radnom mestu (uključujući javne i privatne prostorije kada predstavljaju radno mesto); mesta u kojima je radnik plaćen, koristi odmor ili obrok, ili koristi sanitarne čvorove i prostorije za pranje i presvlačenje; tokom*

²⁸ Zakonot za praktikanstvo, *Služben vesnik na RSM*, br. 98/19.

²⁹ O ovome v.: Gzime Starova, *Trudovo Pravo*, Prosvetno Delo AD, Skopje, 2009, strp. 298.

³⁰ Zakon za trgovskite društva, *Služben vesnik na RM*, br. 28/04, čl. 366.

³¹ O ovome v. ZRO, čl. 54. i 55.

*putovanja u vezi sa poslom, poslovnog putovanja, obuke, događaja ili društvenih aktivnosti; putem komunikacija u vezi sa radom, uključujući i one koje omogućavaju informacione i komunikacione tehnologije; u smeštaju koji obezbeđuje poslodavac i tokom putovanja na posao i sa posla.*³²

Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu, definiše kao „mesto“ na kome se vrši uznemiravanje: *radno mesto na kome zaposleni inače radi, mesto na koje se upućuje na rad i mesto/mesta niz koja zaposleni prolazi tokom svog uobičajenog dolazak i odlazak sa radnog mesta.*³³ Uzimajući u obzir pristup ZZVRM-a, smatramo da bi se određene lokacije iz člana 3 Konvencije br. 190 (na primer, javne i privatne prostorije, putovanja u vezi sa poslom, poslovna putovanja i obuka) mogle smatrati obuhvaćenim od strane nacionalnog zakonodavstva. Međutim, čini se da formulacija koju koristi ZZVRM nije dovoljno adekvatna da pokrije preostale lokacije ili odrednice na koje upućuje Konvencija (na primer, mesta gde se radnik plaća, koristi obroke ili period odmora, ili koristi sanitarne objekti i prostorije za pranje i presvlačenje, događaji ili društvene aktivnosti i smeštaj koje obezbeđuje poslodavac, kao i komunikacije u vezi sa radom, uključujući i one koje omogućavaju IKT tehnologije). Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu sadrži i odredbu za „vreme“ uznemiravanja na radnom mestu, koje podrazumeva *radno vreme i vreme putovanja do i sa radnog mesta.*³⁴ Vreme putovanja do i sa radnog mesta proizilazi i u skladu je sa članom 3 Konvencije. Što se tiče termina radnog vremena, ono u određenim slučajevima može da bude suviše uzak da bi obuhvatio navedena mesta ili slučajeve koji su potencijalni izvor nasilja i uznemiravanja na radnom mestu. Ovo je zato što makedonsko radno zakonodavstvo predviđa polovičnu definiciju radnog vremena koja nije u potpunosti usklađena sa Direktivom o pojedinim aspektima organizacije radnog vremena EU 2003/88/EC, jer isključuje element „dostupnost radnika u odnosu na poslodavca“.³⁵ Izuzimanjem ovog elementa iz kumulativne definicije radnog vremena, dežurstvo je praktično isključeno, budući da se s pravom može očekivati da će samo „aktivni“ periodi dežurstva (u kojima radnik radi i obavlja radne zadatke), ali ne i „neaktivni“ periodi dežurstva (u kojima zaposleni „spava“ ili pasivno „čeka“ poziv uprkos tome što je dostupan poslodavcu, na mestu koje odredi poslodavac).

³² O ovome v. Konvencija br. 190, čl. 3.

³³ O ovome v. ZZVRM, čl. 7, st. 1 i 2.

³⁴ O ovome v. ZZVRM, čl. 7, st. 3.

³⁵ Todor Kalamatiev, Aleksandar Ristovski., „Evropska Direktiva o određenim aspektima organizacije radnog vremena (2003/88 EZ) i makedonsko radno zakonodavstvo – aktuelna situacija i kritičke tačke (ne)usklađenosti“, *Radno i Socijalno Pravo*, Beograd, br. 1, 2018, 28.

PREVENCIJA I ZAŠTITA OD NASILJA I UZNEMIRAVANJA U SVETU RADA
PREMA KONVENCIJI BR. 190 I MAKEDONSKOM ZAKONODAVSTVU

Konvencija broj 190 predviđa nekoliko odredbi koje se odnose na prevenciju i zaštitu od nasilja i uznemiravanja u svetu rada: zabranu, mere namenjene određenim grupama radnika u sektorima, zanimanjima i radnim aranžmanima³⁶ u kojima su izloženi nasilju i uznemiravanju i obavezama poslodavaca da preduzmu mere za sprečavanje nasilja i uznemiravanja u svetu rada.

Postojeći pravni okvir za prevenciju i zaštitu od uznemiravanja (uključujući i uznemiravanje zasnovano na polu) na radu u S. Makedoniji uređen je na površan način. To prvenstveno proizilazi iz opštih obaveza koje ZRO propisuje poslodavcu za obezbeđivanje uslova za bezbednost života i zdravlja i zaštitu i poštovanje ličnosti, dostojanstva i privatnosti zaposlenog.³⁷ Konkretnija operacionalizacija ovih principa u kontekstu zaštite od nasilja i uznemiravanja na radu ne može se naći ni u Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2007. godine,³⁸ koji nijednom odredbom eksplicitno ne govori o opasnostima i rizicima koji mogu dovesti do nasilja i uznemiravanje na radu. Slično, Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu ne obavezuje poslodavce ni jednom odredbom: da donose politike (interne akte) za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu; da obaveštava i konsultuje predstavnike radnika prilikom donošenja ovih akata; da obuča zaposlene o prevenciji i zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu i da informiše i osposobi lica koja vrše ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca, uključujući i rukovodeće zaposlene, da pravilno upravlja ljudskim resursima i da prepozna i rešava zahteve zaposlenih za zaštitu od uznemiravanja, niti da odrede lica (zaposlenog) zaduženo za saslušanje, savetovanje, pomoć i podršku licu koje je pokrenulo postupak ili je žrtva rodno zasnovanog nasilja i uznemiravanja na radnom mestu, ili je izvršilac nasilja, odnosno uznemiravanja.

³⁶ *Sektori, odnosno zanimanja* u kojima su ljudi više izloženi rizicima od nasilja i uznemiravanja na radnom mestu jesu: zdravstveni i socijalni rad, ugostiteljstvo, zabava, maloprodaja, obavezivanje, transport i druge usluge. Kao *radni aranžmani*, u kojima se ljudi suočavaju sa većim rizikom od nasilja i uznemiravanja na radnom mestu, navode se: rad u uslovima *samoće ili izolacije* (u malim prodavnicama, na benzinskim pumpama i kioscima; čišćenje, održavanje i popravke, taksisti, zaštitari, kućne pomoćnice i seoski radnici); rad koji obuhvata *kontakte sa širom javnosti* (sa osobama sa nasilničkom ili kriminalnom prošlošću, psihičkim oboljenjima, zavisnošću od alkohola i psihotropnih supstanci); poslovi koji obuhvataju rad *sa dragocenostima ili novcem* (u prodavnicama, poštama ili finansijskim institucijama); *na izolovanim lokacijama; na daljinu; veče/noć i sl.* O ovome v. ILO Violence and Harassment Convention No. 190 and Recommendation No. 206. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/briefingnote/wcms_749786.pdf, avgust, 2022.

³⁷ O ovome v. ZRO, čl. 43.

³⁸ Zakon za bezbednost i zdravlje pri radu, *Služben vesnik na RM*, br. 92/07.

SPROVOĐENJE ZAŠTITE OD NASILJA I UZNEMIRAVANJA
U SVETU RADA I PRAVNI LEKOVI PREMA KONVENCIJI BR. 190
I MAKEDONSKOM ZAKONODAVSTVU

Konvencija br. 190 predviđa uspostavljanje mehanizama za obezbeđivanje delotvornog sprovođenja i pravne lekove u zaštiti od nasilja i uznemiravanja u svetu rada, koji će garantovati da se jednom počinjeno nasilje ili uznemiravanje na radnom mestu neće ponoviti. U tom pravcu, od ključnog značaja biće mehanizmi i procedure za prijavljivanje i rešavanje sporova za zaštitu od nasilja i uznemiravanja, koji obuhvataju žalbene i istražne postupke i mehanizme za rešavanje sporova na nivou radnog, ali i van radnog mesta, kao i pred sudom.³⁹ Onda kada je to primereno, u slučajevima nasilja i uznemiravanja u svetu rada, potrebno je predvideti i sankcije.⁴⁰ Pravni lekovi i podrška su takođe neophodni da bi se obezbedila puna obeštećenja za žrtve nasilja i uznemiravanja u svetu rada. U tom kontekstu, Konvencija br. 190 obavezuje države članice da obezbede lak pristup adekvatnim i delotvornim pravnim lekovima, kao i merama pravne, socijalne, medicinske i administrativne podrške podnosiocima pritužbi i žrtvama.⁴¹ Pravni lekovi mogu uključivati otpuštanje sa pravom na kompenzaciju, vraćanje na posao, odgovarajuću odštetu, naloge koji zahtevaju hitne izvršne radnje kako bi se osiguralo da određeno ponašanje prestane ili da se politika ili praksa promeni, i sudske troškove i takse u skladu sa nacionalnim pravom i praksom.⁴²

Zbog složenosti i značaja pitanja koja obuhvataju sprovođenje zaštite od nasilja i uznemiravanja u svetu rada i pravnih lekova, stepen usklađenosti makedonskog zakonodavstva sa ovim delom međunarodnih standarda rada podleže analizi u dve odvojene tačke. Od toga, prvi se odnosi na postupke za prijavu i rešavanje sporova za zaštitu od uznemiravanja, a drugi na pravne lekove za podnosiocima pritužbe, odnosno oštećene, i sankcije za počiniocima uznemiravanja.

*Postupci prijavljivanja i rešavanja sporova za zaštitu od nasilja
i zlostavljanja na radu*

Pravni režim koji reguliše postupke prijavljivanja i rešavanja sporova za zaštitu od zlostavljanja na radu nije jedinstven i zavisi od „pravnog kanala“ zaštite, koji sa jedne strane uspostavlja ZRO i supsidijarno propisi o jednakom tretmanu

³⁹ O ovome v. Konvencija br.190, b.

⁴⁰ O ovome v. Konvencija br.190, d.

⁴¹ O ovome v. Konvencija br.190, b.

⁴² O ovome v. Preporuka br. 206, čl. 14.

i nediskriminaciji, a sa druge strane sa ZZVRM. Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu uspostavlja potpuniji sistem prijavljivanja i rešavanja sporova o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu, koji se i pored brojnih slabosti nametnuo kao glavni i najznačajniji pravni kanal za prijavu i rešavanje sporova za zaštitu od uznemiravanja na radu.

Postupak zaštite od uznemiravanja, prema ZZVRM, obuhvata dve instance: postupak zaštite od uznemiravanja kod poslodavca (odnosno postupak u internoj instanci) i postupak zaštite od uznemiravanja pred nadležnim sudom (odnosno postupak u spoljna instanca). Žalbeni postupak iz člana 9. tačka b (i) Konvencije br. 190 ogleda se u internoj instanci, tj. „postupaku zaštite od uznemiravanja na radnom mestu kod poslodavca“ koji se sastoji iz dve faze: *faza prethodnog postupka* (tj. pismeno upozorenje lica koje smatra da je izloženo uznemiravanju uznemiravača) i faze *postupka po zahtevu za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu* (odnosno postupak posredovanja). Prva faza, ili tzv. prethodni postupak podrazumeva pismeno upozorenje, odnosno obraćanje uznemiravanog lica vršiocu uznemiravanja, da ponašanje učinioca uznemiravanja *smeta*,⁴³ ili je *neprikladno, neprihvatljivo i nepoželjno*.⁴⁴ Svrha prethodnog postupka je da se sporna situacija reši, na način da, nakon upozorenja, vršilac uznemiravanja odmah prekine neželjeno ponašanje, u kom slučaju uznemireno lice neće pokretati dalji postupak po zahtevu za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu kod poslodavca.⁴⁵ Ukoliko je prethodni postupak neuspešan, smatra se da uznemiravano lice može da krene u drugu fazu, odnosno postupak po zahtevu za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu, koji je u suštini postupak na osnovu kojeg počinje interna medijacija kao mehanizam za mirno rešavanje spora kod poslodavca (postupak posredovanja). Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu unosi zabunu kako u pogledu statusa i kauzalnosti između dve faze u unutrašnjem stepenu zaštite od uznemiravanja na radnom mestu, tako i sa aspekta njihovog odnosa sa zaštitom u eksternoj instanci, koja se sprovodi pred nadležnim sudom. Iz pojedinih odredbi Zakona proizilazi da je pismeno upozorenje, odnosno obraćanje (prethodni postupak) početni akt u postupku zaštite od uznemiravanja i preduslov za ostvarivanje dalje zaštite (u drugoj fazi postupka u internoj instanci – postupak posredovanja, i dalje, u postupku u spoljnoj instanci – pred nadležnim sudom).⁴⁶ Naprotiv, drugom odredbom ZZVRM anulira se status prethodnog postupka za zaštitu od uznemiravanja

⁴³ O ovome v. ZZVRM, čl. 5, st. 3.

⁴⁴ O ovome v. ZZVRM, čl. 17.

⁴⁵ O ovome v. ZZVRM, čl. 17.

⁴⁶ O ovome v. ZZVRM, čl. 5, st. 3; čl. 17. i čl. 18, st. 2.

kao preduslov za ostvarivanje dalje zaštite, navođenjem da *prethodni postupak nije obavezan i da ne predstavlja osnov za pokretanje sudskog postupka za zaštitu od uznemiravanja*.⁴⁷ Nedovoljno je jasan i status postupka po zahtevu za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu kod poslodavca (postupak posredovanja) i njegov odnos sa ostvarivanjem dalje zaštite u postupku pred nadležnim sudom. U tom kontekstu, ZZVRM podrazumeva da je postupak posredovanja preduslov za ostvarivanje sudske zaštite od uznemiravanja na radnom mestu, samo ako se kao izvršilac uznemiravanja pojavi drugi zaposleni kod poslodavca (tj. u slučaju horizontalnog mobinga), ali ne i ako je izvršilac uznemiravanja poslovodni organ u pravnom licu ili fizičko lice kao poslodavac (tj. u slučaju vertikalnog mobinga).⁴⁸ Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu ne predviđa klasičan „istražni postupak“ za ocenu prijave, odnosno zahteva uznemiravanog lica za zaštitu od uznemiravanja upućenog poslodavcu, nakon čega poslodavac ili lice ovlašćeno od poslodavca bi pokrenulo disciplinski postupak protiv potencijalnog uznemiravača. Interna „istraga“ u vezi sa prijavom, odnosno zahtevom za zaštitu uznemiravanog lica, implicitno je sastavni deo postupka po zahtevu za zaštitu od uznemiravanja (tj. posredovanja). U postupku posredovanja kod poslodavca, učestvuju posrednici koji se biraju sa liste posrednika koje određuje poslodavac iz reda zaposlenih.⁴⁹ Proces posredovanja može rezultirati sa dva ishoda. Prvi, da se stranke dogovore o izboru posrednika i drugi, da se stranke ne dogovore o izboru posrednika koji će voditi postupak posredovanja. Ukoliko se stranke dogovore o izboru posrednika (prvi ishod), posrednik treba da završi postupak u roku od 15 dana.⁵⁰ Pri tome se postupak može završiti uspešnim posredovanjem (ako se stranke dogovore o prestanku uznemiravanja, o preporukama i načinu otklanjanja mogućnosti daljeg uznemiravanja), pri čemu je poslodavac dužan da postupi po preporukama iz sporazuma, ili neuspešnim posredovanjem (ako se stranke ne sporazumeju u vezi sa uznemiravanjem i njegovim posledicama). Ukoliko se stranke ne dogovore o izboru posrednika (drugi ishod), poslodavac, odnosno lice koje on ovlasti, dužan je da u roku od osam dana podnosiocu zahteva dostavi pismeno obaveštenje o zaštiti od uznemiravanja da posrednik nije izabran,⁵¹ nakon čega podnosilac ima pravo na sudsku zaštitu u roku od 15 dana.⁵²

⁴⁷ O ovome v. ZZVRM, čl. 22, st. 4.

⁴⁸ O ovome v. ZZVRM, čl. 18, st. 1.

⁴⁹ O ovome v. ZZVRM, čl. 12, st. 2.

⁵⁰ O ovome v. ZZVRM, čl. 24, st. 5.

⁵¹ O ovome v. ZZVRM, čl. 22, st. 2.

⁵² O ovome v. ZZVRM, čl. 22, st. 3.

Sudska zaštita od uznemiravanja (tj. postupak u eksternoj instanci) pokreće se tužbom nadležnom sudu, a pokrenuti spor ima karakter radnog spora,⁵³ i na njega se primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku.⁵⁴ Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu ne reguliše na jasan i koherentan način rokove za podnošenje tužbe za zaštitu od uznemiravanja nadležnom sudu. Jedini slučaj kada Zakon predviđa prekluzivni rok od 15 dana za podnošenje tužbe i pokretanje sudskog postupka jeste slučaj u kome se zainteresovana lica ne mogu dogovoriti o imenovanju posrednika.⁵⁵ Zakon ne razrešava dilemu u pogledu roka za podnošenje tužbe u slučaju da je postupak posredovanja pokrenut, ali neuspešno okončan, tj. bez postizanja sporazuma između stranaka. U postupku koji se vodi pred nadležnim sudom, teret dokazivanja da uznemiravanje nije učinjeno je na strani tuženog, ako je tužilac u toku postupka učinio verovatnim postojanje uznemiravanja.⁵⁶ Međutim, čini se da pravila o teretu dokazivanja nemaju značajnu ulogu u odlukama sudova, koji u pojedinim presudama kojima se odbija tužbeni zahtev tužioca (osobe koja smatra da je bio podvrgnut uznemiravanju) izričito menjaju teret dokazivanja tužiocu, navodeći da *tužilac nije dokazao postojanje osnova, odnosno nije dokazao da je uznemiravanje vršeno*.⁵⁷

Pravni lekovi i sankcije za nasilje i uznemiravanje na radu

Makedonsko zakonodavstvo predviđa nekoliko *pravnihih lekova* za zaštitu od uznemiravanja (uključujući uznemiravanje na osnovu roda). To su: privremene mere zaštite (koje određuje poslodavac ili nadležni sud), naknada štete (koju sud dosuđuje u korist žrtve uznemiravanja) i pravo na otkaz radniku izloženom nasilju na radnom mestu uz naknadu štete od strane poslodavca. *Privremene mere* su svode na privremeno premeštanje u drugu radnu prostoriju, odnosno okruženje (ako to odredi poslodavac)⁵⁸ ili zabranu približavanja radnom mestu zaposlenog i zabranu telefoniranja i komunikacije (ako to odredi sud) radi sprečavanja nasilničkog ponašanja ili otklanjanja nenaknadive štete.⁵⁹ U svakom slučaju,

⁵³ O ovome v. ZZVRM, čl. 31.

⁵⁴ Zakon za parnična postapka, *Služben vesnik na RM*, br. 79/05.

⁵⁵ O ovome v. ZZVRM, čl. 22, st. 3.

⁵⁶ O ovome v. ZZVRM, čl. 33.

⁵⁷ O ovome v. Presuda Apelacionog suda u Skoplju (ROŽ-316/15); Presuda Apelacionog suda u Bitolju (ROŽ-589/18).

⁵⁸ O ovome v. ZZVRM, čl. 27.

⁵⁹ O ovome v. ZZVRM, čl. 34.

ZZVRM ne nudi jasno rešenje za koja lica su ove privremene mere namenjene (da li za uznemiravače ili za uznemiravane).

Zaštita koju može da pruži sud, a koja proizilazi iz usvajanja tužbenog zahteva istaknutog u tužbi za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu, između ostalog, može da obuhvati i *naknadu materijalne i nematerijalne štete* prouzrokovane uznemiravanjem na radnom mestu.⁶⁰ Pitanje odgovornosti za štetu prouzrokovanu uznemiravanjem na radnom mestu je značajno, ali istovremeno i delikatno pitanje jer ni u okviru uporednog prava nije uvek jasno koji će subjekat snositi odgovornost za obeštećenje žrtvi. Ukoliko je odgovornost locirana kod poslodavca, oštećeni (žrtva) će imati veće šanse da bude obeštećen zbog veće finansijske sposobnosti poslodavca. S druge strane, žrtva bi mogla imati interes da tuži stvarnog počinioca štete (uznemiravača), kako bi izvojevala moralnu pobjedu nad njim, odvratajući ga od uznemiravanja u budućnosti.⁶¹ Odgovornost poslodavca može zavistiti od toga da li je uznemiravanje izvršilo odgovorno lice kod poslodavca, zaposleni (kolega) ili lice koje nije zaposleno kod poslodavca (klijent i sl). U slučajevima seksualnog uznemiravanja relevantno je i pitanje da li je potencijalni uznemiravač optužen da je izvršio uznemiravanje u vidu „usluge za uslugu“ ili „neprijateljskog radnog okruženja“. Veliki broj zemalja koje regulišu ova pitanja (SAD, Australija, Kanada, Ujedinjeno Kraljevstvo itd.), uspostavljaju automatsku i direktnu odgovornost poslodavca u slučaju seksualnog uznemiravanja tipa „usluga za uslugu“ koje izvrši odgovorno lice kod poslodavca, jer odgovorno lice kod poslodavca, po definiciji vrši ovlašćenja koja mu je delegirao poslodavac a koja utiču na ekonomski položaj zaposlenog – žrtve uznemiravanja. U SAD poslodavac takođe može biti odgovoran za štetu koju pretrpi zaposlenik koji je žrtva seksualnog uznemiravanja u vidu „neprijateljskog radnog okruženja“ izazvanog od strane odgovornog lica kod poslodavca, osim ako dokaže da je „preduzeo razumne korake ka hitnom sprečavanju i otklanjanju seksualnog uznemiravanja“ i da „zaposleni – žrtva uznemiravanja, nije iskoristio takve mere koje je preduzeo poslodavac ili na drugi način izbegao nastanak štete“.⁶² Ova mogućnost oslobađanja od odgovornosti naziva se „afirmativna odbrana“ i poslodavac se na nju može pozvati u slučajevima seksualnog uznemiravanja koje je izvršio drugi zaposleni (kolega) ili lice koje nije zaposleno kod poslodavca (klijenta). Sumarno, pored odgovornosti za seksualno uznemiravanje tipa „neprijateljsko radno okruženje“ koje je prouzrokovalo odgovorno lice, poslodavac

⁶⁰ O ovome v. ZZVRM, čl. 32.

⁶¹ Robert Husbands, „Sexual harassment law in employment: An international perspective“, *International Labour Review*, Vol., 1992, 131, 551.

⁶² Paul T. Sorensen, „A Fresh Look at Employer Liability for Sexual Harassment“, *The Thomas M. Cooley Law Review*, Vol. 27, No. 3, 2010, 509.

je odgovoran i za štetu u slučaju da uznemiravanje izvrši zaposleni ili lice koje nije u radnom odnosu kod poslodavca (klijenta i sl.), ako je znao ili je trebalo da zna za uznemiravanje, a nije preduzeo mere da ga spreči i sankcioniše.⁶³ U makedonskom pravnom okviru pitanje odgovornosti subjekata za naknadu štete u slučajevima uznemiravanja na radu, odnosno radnom mestu, regulisano je ograničeno i restriktivno. Zakon o uznemiravanju na radnom mestu, koji reguliše i psihičko i seksualno uznemiravanje, u potpunosti izuzima poslodavca od direktne ili posredne odgovornosti (tj. odgovornosti poslodavca bez krivice) za štetu prouzrokovanu uznemiravanjem od strane odgovornog lica, drugog zaposlenog ili lica koje nije u radnom odnosu kod poslodavca.⁶⁴ Otuda, proizlazi da zaposleni koji je žrtva uznemiravanja na radnom mestu, ne može da traži odštetu od poslodavca, bez obzira da li je poslodavac znao ili je trebalo da zna za uznemiravanje, a nije ga sprečio ili nije preduzeo hitne i odgovarajuće korektivne mere da spreči uznemiravanje.

Konačno, zaposleni koji se suoči sa uvredama i nasilničkim ponašanjem od strane poslodavca, ili čiji poslodavac, uprkos upozorenjima zaposlenog da je izložen uvredama i nasilničkom ponašanju, nije sprečio takvo ponašanje drugih zaposlenih, ima pravo na određene pravne lekove koji proizilaze iz Zakona o radnim odnosima. U slučaju kao što je prethodni, zaposleni može *otkazati ugovor o radu poslodavcu bez otkaznog roka*, čime stiče pravo na naknadu štete najmanje u visini izgubljene zarade (kao da je radio u otkaznom roku) i otpremnine (kao da je otpušten iz poslovnih razloga).⁶⁵

Pravni okvirom za sprečavanje i zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu regulisano je i pitanje *sankcija*, odnosno mera disciplinske odgovornosti učinioca uznemiravanja. U izboru disciplinske mere ZZVRM se u početku poziva na sistemske zakone koji regulišu radne odnose (prvenstveno, Zakon o radnim odnosima, ali i druge posebne zakone iz oblasti administrativnog prava, kao što je Zakon o administrativnim službenicima).⁶⁶ Međutim, treba imati u vidu da Zakon o radnim odnosima (kao *lex generalis*) ne reguliše pitanja disciplinskog postupka i disciplinskih mera na sistematski način. Trenutno jedina disciplinska mera koja implicitno proizilazi iz ZRO jeste novčana kazna za povredu radnog reda i discipline ili radne obaveze. Sam Zakon o zaštiti od uznemiravanja na radnom mestu predviđa mogućnost izricanja disciplinske mere – prestanka radnog odnosa učiniocu uznemiravanja.

⁶³ O ovome v. Alvin L. Goldman, Roberto L. Corrada, *Labour Law in the USA*, Wolters Kluwer, 2014, 338.

⁶⁴ O ovome v. ZZVRM, čl. 13.

⁶⁵ O ovome v. ZRO, čl. 100.

⁶⁶ Zakon za administrativnite službenici, *Služben vesnik na RM*, br. 27/14.

Međutim, ova vrsta disciplinske mere, ZZVRM, zahteva ispunjenje dva kumulativna uslova: prvo, da je poslodavac izvršiocu uznemiravanja prethodno izrekao drugu, alternativnu disciplinsku meru, regulisanu prethodno navedenim zakoni- ma, i drugo, da je izvršilac uznemiravanja ponovo izvršio uznemiravanje u roku od šest meseci od izricanja disciplinske mere.⁶⁷ S obzirom na način na koji se utvrđuje disciplinska odgovornost i disciplinske mere kojima se sankcioniše učinilac uznemiravanja, u praksi se ne nameću slučajno razne dileme. Tako, jedna od dilema jeste: *da li prva disciplinska mera izrečena zbog uznemiravanja na radnom mestu uvek mora biti blaža od otkaza, odnosno odluke o prestanku radnog odnosa, bez obzira na težinu i posledice koje su nanete žrtvi uznemiravanja, uključujući i žrtve seksualnog uznemiravanja?* Relevantna je i dilema: *da li je ograničenje za ponavljanje uznemiravanja od šest meseci, čija posledica može biti otkaz, odnosno rešenje o prestanku radnog odnosa, prekratak rok, u pravcu zaštite žrtve od uznemiravanja, odnosno šta ako učinilac uznemiravanja ponovi uznemiravanje po isteku šest meseci od izricanja prethodne, alternativne disciplinske mere – da li će biti sankcionisan otkazom, ili nekom drugom blažom merom?*

ZAKLJUČAK

Nasilje i uznemiravanje u svetu rada predstavljaju kršenje ili zloupotrebu ljudskih prava. Oni ugrožavaju integritet i dostojanstvo radnika i kao takvi su nekompatibilni sa univerzalno priznatim konceptom dostojanstvenog rada. Konvencija br. 190 i Preporuka br. 206 Međunarodne organizacije rada jesu prvi globalni instrumenti i međunarodni standardi rada za sprečavanje i zaštitu od nasilja i uznemiravanja u svetu rada. Značenje i ciljevi oba instrumenta mogu se sublimirati kroz sledeće elemente: 1) svi radnici imaju pravo na svet rada bez nasilja i uznemiravanja, uključujući rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje; 2) standardi se odnose na sve vrste rada, obuhvataju sve kategorije radnika bez obzira na njihov ugovorno-pravni status i primenjuju se kako u privatnom tako i u javnom, kako u formalnom tako i u neformalnom, kako u urbanom tako i u ruralnom sektoru; 3) integrišu fundamentalna načela i prava na radu u funkciji sprečavanja i eliminisanja nasilja i uznemiravanja; 4) promovišu rodno transformativnu agendu socijalnih i kulturnih promena; 5) predviđaju višedimenzionalni i integrisani pristup koji će obuhvatiti sve relevantne propise iz oblasti radnog prava, ravnopravnosti i antidiskriminacije, bezbednosti i zdravlja na radu, migracijskog i krivičnog prava; 6) posvećuju značajnu pažnju prevenciji, uključujući i utvrđivanje faktora rizika i uzroka koji izazivaju

⁶⁷ O ovome v. ZZVRM, čl. 29, st. 2.

nasilje i uznemiravanje u cilju njihovog prevazilaženja; 7) odgovaraju aktuelnim promenama u radu i zapošljavanju i obezbeđuju zaštitu od nasilja i uznemiravanja u takvim okolnostima; 8) pretpostavljaju uključivanje pravnih lekova i podrške žrtvama nasilja i uznemiravanja u svetu rada.

Upoređujući Konvenciju br. 190 za eliminaciju nasilja i uznemiravanja u svetu rada sa makedonskim zakonodavstvom, može se zaključiti da je Severna Makedonija uspostavila pravni okvir koji se u velikoj meri bavi pitanjima koja su predmet regulisanja Konvencije. Međutim, evidentno je da u pogledu nekoliko značajnih pitanja, makedonsko zakonodavstvo ili nije usklađeno, ili je djelimično usklađeno sa odredbama Konvencije. Takva pitanja se nalaze u nekoliko bitnih delova Konvencije, kao što su: *definicije pojmova „nasilje i uznemiravanje“ u svetu rada; obim zaštite; prevencija i zaštita od nasilja i uznemiravanja u svetu rada i sprovođenje zaštite i pravnih lekova.*

Prof. Dr. TODOR KALAMATIEV

Full Professor, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

Dr. ALEKSANDAR RISTOVSKI

Associate Professor, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

ILO CONVENTION NO. 190 VERSUS THE MACEDONIAN LEGAL FRAMEWORK FOR PROTECTION AGAINST VIOLENCE AND HARASSMENT AT WORK

Summary

After multi-year pledges of various interest groups on a global level to establish an international instrument for a world of work free from violence and harassment, the International Labour Conference, at its 108th session, in 2019, adopted the two international labour standards (Convention No. 190 and Recommendation No. 206) aimed to prevent and eliminate violence and harassment in the world of work. The content of Convention No. 190 is structured in several sections. Within the paper, the authors refer to the sections relating to definitions, scope, protection and prevention and enforcement and remedies, and the extent of their (non)compliance with domestic legislation. Convention No. 190 has not yet been ratified in the Parliament of the Republic of N. Macedonia. However, as early as March, 2021, the social partners (representatives of workers' organizations, employers and the Government) represented in the Economic and Social Council made a unanimous decision in support of its ratification.

Key words: violence and harassment in the world of work, Convention no.190, Macedonian legislation

Literatura

- Bakirci K., „Sexual Harassment in the Workplace in relation to EC Legislatio“, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 3, 1998.
- Burga de las C., Sandra P., „Psychological Harassment in the Workplace and the Right to Work in Dignity: A Comparative Review of the Laws in Colombia, Peru, United Kingdom and the United States“, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 25, 2019.
- Chappell D., Di Martino V., *Violence at Work*, International Labour Office, 2006.
- Ellis E. and Watson P., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2012.
- Goldman A. L., Corrada R. L., *Labour Law in the USA*, Wolters Kluwer, 2014.
- Graser M., Manaouil C., Verrier A., Doutrelot-Phillipon C., Jard O., „Legislative Recognition in France of Psychological Harassment at Work“, *Medicine and Law*, Vol. 22, No. 2, 2003.
- Guerrero M. I. S., „The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step towards EU Legislation“, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 27, 2004.
- Hebert L. C., „Sexual Harassment is Gender Harassment“, *Kansas Law Review*, Vol. 43, 1995.
- Henken J. W., „Hostile Environment Claims of Sexual Harassment: The Continuing Expansion of Sexual Harassment Law“, *Villanova Law Review*, Vol. 34, 1989.
- Husbands R., „Sexual harassment law in employment: An international perspective“, *International Labour Review*, Vol. 131, 1992.
- International Labour Organization, Safe and Healthy Working Environments Free from Violence and Harassment, https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_751832/lang--en/index.htm.
- International Labour Organization, Safe and Healthy Working Environments Free from Violence and Harassment. The Report at a Glance, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_751838.pdf.
- International Labour Organization, Policy Brief, ILO Violence and Harassment.
- International Labour Organization, Policy Brief. ILO Violence and Harassment Convention, 2019, No. 190: 12 ways it can support the COVID-19 response and recovery. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744676.pdf.
- Каламатиев Т., Ристовски А., „Evropska Direktiva o određenim aspektima organizacije radnog vremena (2003/88 EZ) i makedonsko radno zakonodavstvo – aktuelna situacija i kritičke tačke (ne) usklađenosti“, *Radno i Socijalno Pravo*, Beograd, br.1, 2018.
- Lippelt K., „The Law of Workplace Bullying: An International Overview“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 32, 2010.

- Lerouget L., Heber C. L., „The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the adoption of France’s New Sexual Harassment Law“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 35, 2013, 95.
- McColgan A., „Harassment“, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (eds Dagmar Schiek, Lisa Waddington and Mark Bell), Hart Publishing, 2007.
- Pillinger J., Handbook addressing violence and harassment against women in the world of work, International Labour Organization and UN Women, 2019.
- Ristovski A., Kalamatiev T., „Elimination of Violence and Harassment in the World of Work – Current Situation and Future Challenges in the Context of Macedonian Labour Law“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 12, 2021.
- Sorensen P. T., „A Fresh Look at Employer Liability for Sexual Harassment“, *Thomas M. Cooley Law Review*, Vol. 27, 2010, 3.
- Starova G., *Trudovo Pravo*, Prosvetno Delo AD Skopje, Skopje, 2009.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IGOR VUKOVIĆ

KRIVIČNI I RADNOPRAVNI ASPEKTI PRONEVERE STVARI POVERENIH U SLUŽBI ILI NA RADU

U radu se razmatraju krivična i radnopravna pitanja koja se tiču eventualne pronevere stvari poverenih u službi ili na radu. U srpskom Krivičnom zakoniku postoje dva slična krivična dela koja obuhvataju prisvajanje tuđih pokretnih stvari na radu, uz razlikovanje da li su stvari poverene u subjektu privrednog poslovanja (čl. 224) ili u državnom organu, ustanovi ili drugom subjektu koji ne obavlja privrednu delatnost (čl. 364). Zakon o radu, ali i kolektivni ugovori odnosno pravilnici o radu i ugovori o radu, neretko kao moguću pravnu posledicu učinjenog krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom predviđaju i otkaz zaposlenom. Takav ishod, štaviše, ne predstavlja retkost u praksi. Autor analizira važnije dileme koje se u tom smislu mogu postaviti, dajući odgovarajuća tumačenja koja mogu biti od pomoći u primeni zakonskih pravila, ne samo u pogledu krivičnog dela pronevere već uopšte krivičnih dela učinjenih na radu ili u vezi sa radom.

Ključne reči: *pronevera, posluga, otkaz, poverene stvari*

U V O D

Pronevera predstavlja poseban vid *utaje* (upor. čl. 207 Krivičnog zakonika),¹ koji čini onaj ko u nameri da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist prisvoji novac, hartije od vrednosti ili druge pokretne stvari koje su mu poverene

Prof. dr Igor Vuković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: igorvu@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je izrađen u okviru projekta „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19 – u daljem tekstu KZ.

u službi ili na radu. Prema tome da li su stvari poverene u subjektu privrednog poslovanja ili u državnom organu, ustanovi ili drugom subjektu koji ne obavlja privrednu delatnost, razlikuju se pronevera u obavljanju privredne delatnosti (čl. 224 KZ) i klasična pronevera (čl. 364 KZ). Privredna delatnost je svaka delatnost proizvodnje i prometa roba, vršenje usluga i obavljanje drugih delatnosti na tržištu, radi sticanja dobiti ili ostvarivanja nekog drugog ekonomskog interesa (čl. 112, st. 21a KZ). Graničnik između dve pronevere predstavlja kriterijum da li je subjekt u kojem se licu poveravaju izvesne stvari „subjekt privrednog poslovanja“. Ovaj pojam krivični zakonodavac autentično tumači, ukazujući na to da se subjektom privrednog poslovanja smatra „privredno društvo, drugo pravno lice koje obavlja privrednu delatnost i preduzetnik“ (čl. 112, st. 21 KZ). Pritom, pravno lice koje pored svoje osnovne delatnosti obavlja i privrednu delatnost smatra se subjektom privrednog poslovanja samo kada vrši tu delatnost. Pored privrednih društava u smislu Zakona o privrednim društvima² (npr. akcionarskog društva) i preduzetnika, i drugi subjekti se upisuju u odgovarajući registar privrednih subjekata (zadruge i zadružni savezi, javna preduzeća i ogranci domaćih i stranih privrednih društava i predstavništva stranih privrednih društava).³ U tom smislu, dilema može postojati u pogledu tzv. javnih preduzeća, koje takođe odlikuje cilj sticanja dobiti (v. čl. 4 Zakona o javnim preduzećima),⁴ ali koja su primarno oblikovana činjenicom da obavljaju delatnost od opšteg interesa i da je njihov osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave. S jedne strane, nesumnjivo je da i javna preduzeća obavljaju privrednu delatnost. S druge strane, treba imati u vidu da je kod dela iz čl. 364 propisana nešto viša kazna, koja bi mogla da se objasni i time da se njegovim vršenjem povređuje specifična dužnost vršenja službe kod države (odnosno pokrajine, opštine, grada ili grada Beograda) kao poslodavca. Ipak, jezičkom tumačenju ovde dajemo prednost, što bi proneveru unutar ovih subjekata svrstalo pod okrilje čl. 224 KZ.

Ako se pak stvar proneveri u npr. *udruženju* građana kao pravnom licu, radilo bi se o opštem delu pronevere učinjene u „drugom subjektu koji ne obavlja privrednu delatnost“.⁵ Jugoslovensko rešenje je kažnjavalo proneveru samo ako se radilo o stvarima poverenim u službi ili na radu u državnom organu, organizaciji udruženog rada, drugom društvenom pravnom licu ili organu društvenog samoupravljanja, te je, recimo, zaključivana samo utaja a ne i pronevera ako je bila prisvojena

² *Službeni glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 i 109/21.

³ V. čl. 2. Pravilnika o sadržini registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju, *Službeni glasnik RS*, br. 42/16.

⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 15/16 i 88/19.

⁵ Presuda VKS, Kzz 1106/18 od 18. 10. 2018. godine, *Ing-pro*.

stvar koja pripada crkvi, jer se crkva nije smatrala društvenopravnim licem u kojem se može izvršiti delo pronevere.⁶ U svakom slučaju, u srpskom pravu je opis pronevere danas proširen i na privatne privredne subjekte (npr. kladionicu u kojoj zaposleni blagajnik otkuca u sistem više tiketa a ne uplati novac).⁷

S obzirom na to da opis dela iz čl. 364 govori o stvarima koje se prisvajaju u službi ili na radu, sama činjenica da se pronevera nalazi u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti uslovljava da se u odlukama nekad kao zaštitni objekt izdvaja „službena dužnost“.⁸ Uostalom, i u literaturi se ukazuje na to da kada ovo delo vrši službeno lice pronevera predstavlja i jedan oblik zloupotrebe službenog ovlašćenja.⁹ Ako je preduzimanje radnje prisvajanja „na radu“ odlika obe inkriminisane pronevere, upravo je vršenje dela „u službi“ *differentia specifica* opšteg dela pronevere. Stoga je ovaj pojam neophodno unekoliko precizirati. Međutim, Krivični zakonik u njegovoj upotrebi nije naročito dosledan. Tako vršenje nekih inkriminiranih radnji „u službi“ odnosno „u vršenju službe“ u ovom zakonu ne podrazumeva opis isključivo delovanja službenih lica, već kod nekih dela (npr. prevare u službi, čl. 363 KZ) jednako i službenih i odgovornih lica. Odgovornim licem u pravnom licu se u smislu čl. 112, st. 5 KZ smatra lice koje je „na osnovu zakona, propisa ili ovlašćenja vrši određene poslove upravljanja, nadzora ili druge poslove iz delatnosti pravnog lica, kao i lice kome je faktički povereno obavljanje tih poslova“. Iako ova definicija ne izdvaja odgovorna lica prema tome da li se radi o pravnim licima koja obavljaju ili ne obavljaju privrednu delatnost, zbog čega bi se odrednica „u službi“ mogla tumačiti i kao „služba“ u nekom privrednom društvu, stoji činjenica da kod pronevere u obavljanju privredne delatnosti (čl. 224), kao dela protiv privrede, zakonodavac ne govori o pokretnim stvarima poverenim u službi, već samo na radu. Stoga je smisljeno pojam prisvajanja stvari poverenih u službi vezivati za tzv. *javne službe*, to jest „ustanove, preduzeća i druge oblike organizovanja utvrđene zakonom, koji obavljaju delatnosti odnosno poslove kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava građana odnosno zadovoljavanje potreba građana i organizacija, kao i ostvarivanje drugog zakonom utvrđenog interesa u određenim oblastima“

⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž 1551/76, *Ing-pro*.

⁷ Presuda Višeg suda u Beogradu, Kpo4 40/20 od 14.5.2021. i presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 533/21 od 27. 7. 2021. godine, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, br. 92/2021, *Intermex*.

⁸ Presuda VKS, Kzz 123/19 od 5. 2. 2019. godine, *Paragraf Lex*.

⁹ Ljubiša Lazarević u: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (red. N. Srzentić i dr.), Beograd, Savremena administracija, 1976, 774. Tako je u jugoslovenskom pravu po Krivičnom zakoniku iz 1951. godine proneveru, kao krivično delo protiv službene dužnosti, moglo učiniti samo službeno lice (v. Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1956, 618).

(čl. 1, st. 1 Zakona o javnim službama).¹⁰ Ipak, u odlukama se može prepoznati da sudovi sintagmu „u službi ili na radu“ osećaju više u nekom kolokvijalnom značenju, gotovo kao sinonime.

Pritom, zakonodavac je izbegao da kao izvršioce formalno označi službena i odgovorna lica. Utoliko zakonske definicije ovih pojmova iz člana 112, st. 3. i 5 imaju samo pomoćni značaj, a i u sudskoj praksi se izričito konstatuje da krivična dela pronevere i posluge mogu da budu izvršena i od učinioca koji nema svojstvo službenog ili odgovornog lica.¹¹ Može biti sporno da li se u smislu pronevere nužno mora raditi o *zaposlenom* (fizičkom licu koje je u radnom odnosu kod poslodavca), tim pre što i navedene definicije pod ove pojmove podvode i lica kojima je faktički povereno vršenje pojedinih dužnosti ili poslova. Vršenje dela u službi ili na radu svakako ne podrazumeva da učinilac mora nužno biti u radnom odnosu na neodređeno vreme; učinilac (npr. angažovan na poslovima konduktera u vozilima javnog saobraćaja) može biti radno angažovan i na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima (npr. preko omladinske zadruge),¹² pa čak, prema našoj sudskoj praksi, i bez formalnog ugovornog odnosa (npr. u svojstvu akvizitera)¹³. Takođe, ne traži se da vršenje funkcije bude profesionalno, u smislu da učinilac za obavljani rad mora da bude *plaćen*. U tom smislu, učinilac ove poslove može obavljati i „volonterski“.¹⁴ U nekim odlukama i izričito nalazimo da je „bez značaja je da li je okrivljeni bio u radnom odnosu ili ne, već je jedino bitno da li je njemu *faktički* (u konkretnom primeru na osnovu ovlašćenja dobijenog odlukom upravnog odbora, ali izvan formalne službe ili rada)¹⁵ povereno vršenje pojedinih dužnosti ili poslova“.

Štaviše, ne samo što učinilac ne mora imati ugovor o radu, već se može raditi i o licu koje radi „na crno“, i kojem je poslodavac uskratio većinu garantovanih prava iz radnog odnosa.¹⁶ Tako u jednom primeru sud zaključuje da „to što oštećeni

¹⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 42/91, 71/94, 79/05 – dr. zakon, 81/05 – ispr. dr. zakona, 83/05 – ispr. dr. zakona i 83/14 – dr. zakon.

¹¹ Presuda VKS, Kzz 427/19 od 24.4.2019. godine, Paragraf Lex.

¹² Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu, K 227/06 od 15. 5. 2006. i presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 1919/06 od 1. 9. 2006. godine, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, br. 74/2006, *Intermex*.

¹³ V. Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, Službeni glasnik, 2020, 1087.

¹⁴ Tako izričito presuda VKS, Kzz 1106/18 od 18. 10. 2018. godine, *Bilten Višeg suda u Novom Sadu*, br. 10/2019, *Intermex*.

¹⁵ Rešenje Višeg suda u Nišu, Kž 533/14 od 29. 7. 2014. godine, *Bilten Višeg suda u Nišu*, br. 33/2015, *Intermex*.

¹⁶ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1-Po1 15/21 od 22. 10. 2021. godine, Paragraf Lex.

nije uplaćivao poreze i doprinose za okrivljenu u inkriminisanom periodu, a što je okrivljena kod njega radila na 'crno' nije predmet ovog krivičnog postupka, a okrivljena je imala mogućnost da, preko nadležnih organa, traži radnopravnu zaštitu svojih prava (...) pa eventualno nepravilno i nepropisno ponašanje u radnopravnom smislu oštećenog ne može biti osnov za oslobađanje okrivljene od njene krivičnopravne odgovornosti za krivično delo koje je izvršila na njegovu štetu¹⁷. Položaj radnog mesta u hijerarhiji nije od značaja. Može se raditi i o direktoru (npr. predstavništva stranog preduzeća u našoj zemlji),¹⁸ rukovodiocu (npr. stovarišta koji drvenu građu treba ugraditi u vlastitu kuću),¹⁹ ali i o nekom radniku na nižim pozicijama kod poslodavca.

Treba obratiti pažnju da stvari poverene na radu ili u službi ne moraju predstavljati isključivo *sredstva rada*, u smislu alatki i drugih različitih predmeta neophodnih za obavljanje poslova, a koje nabavlja, instalira i održava poslodavac. U obzir dolaze sve stvari koje su učiniocu formalno ili faktički poverene radi obavljanja službe odnosno rada, koje su u vezi ili su nastale u okviru obavljanja poslova.²⁰ Tako je u jednom primeru zaključena pronevera u pogledu prisvajanja stvari od strane portira – radnika obezbeđenja, koji je u krugu oštećenog privrednog društva obio vrata kontejnera koji je trebalo da obezbeđuje i iz njega odneo neke stvari.²¹ Nije od značaja ni da li se radi o tzv. osnovnim sredstvima ili nekom sitnom inventaru, dok god je u pitanju predmet koji pripada poslodavcu.²² Ovo delo, uostalom, za razliku od utaje (v. čl. 210 KZ) i nema oblik tzv. sitne pronevere. Osim toga, pronevera se može učiniti ne samo u odnosu na stvari neposredno zadužene (građevinska mašina), već i one koje su samo posredno u njihovoj funkciji (gorivo za mašinu).²³ S druge strane, stvari koje zaposleni fizički unose u prostor mesta rada, pa čak i kada ih eventualno poveravaju nekom od njih po nekom dogovorenom osnovu

¹⁷ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, K 3614/13 od 3. 6. 2014. i presuda Višeg suda u Beogradu, Kž1 554/14 od 14. 8. 2014. godine, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Knjiga 10* (prir. A. Trešnjev), Beograd, 2016, 100–101.

¹⁸ Presuda Trećeg opštinskog suda u Beogradu, K 938/04 od 16. 5. 2005. i presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 2854/05 od 23. 11. 2005. godine, I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Knjiga 7* (prir. A. Trešnjev), Beograd, 2006, 191–192.

¹⁹ Presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu, K 1538/04 od 16. 3. 2005. i presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 1430/05 od 30. 6. 2005. godine, *Ing-pro*.

²⁰ Nataša Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu Beograd, 2022, 414.

²¹ Presuda VKS, Kzz 210/19 od 6.3.2019. godine, *Ing-pro*.

²² Presuda Okružnog suda u Nišu, Kž 1056/05 od 30. 12. 2005. godine, *Ing-pro*.

²³ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 678/20 od 22. 10. 2020, Paragraf Lex.

(npr. novac koji zaposleni prikupljaju radi zajedničke proslave u krugu škole),²⁴ ne predstavljaju stvari poverene u službi ili na radu. U tom smislu, u starijoj sudskoj praksi je, kako se kritički primećuje u doktrini,²⁵ postojala tendencija širenja obuhvata pronevera i na one stvari koje nisu u uzajamnoj vezi sa prirodom službene ili radne delatnosti (npr. prisvajanje od strane podoficira novca koji se u jedinici prikuplja za ogrev), što bi predstavljalo ekstenzivno tumačenje sintagme „u službi ili na radu“ (ne u vršenju službe ili rada). Poveravanje stvari u službi ili na radu ne isključuje da radnja prisvajanja bude ostvarena i po *prestanku radnog odnosa*,²⁶ najčešće tako što zaposleni zadužene predmete ne razduži.

Opis govori o prisvajanju novca, hartija od vrednosti (npr. tuđih čekova poštanske štedionice, koje poštar unovčava na benzinskoj pumpi umesto da ih uruči vlasniku tekućeg računa)²⁷ ili drugih pokretnih stvari, iako se u praksi najčešće radi o *novcu*. Ove pokretne stvari učiniocu moraju biti *poverene*, i to zakonito. Stoga npr. nije prihvatana pronevera u pogledu prisvajanja novca koji nije poticao iz npr. regularno naplaćene putarine već je bio pribavljen vršenjem nekih nelegalnih aktivnosti (neevidentiranjem izdavanja kartice to jest da je vozilo uopšte koristilo autoput).²⁸ Nije neophodan identitet stvari koja je učiniocu poverena i vrednosti koja se prisvaja, budući da je moguće da ovaj poverenu robu u svojstvu npr. magacionera i prodaja, prisvajajući za to dobijeni novac.²⁹

Važno je razlikovati da odnos „poverenosti“ nije isto što i okolnost da je neka stvar zaposlenom samo *fizički i prostorno dostupna*, kada će postojati krađa a ne pronevera.³⁰ Proneverom se ne smatraju slučajevi kod kojih učinilac samo dolazi u kontakt sa nekom stvari u vezi sa vršenjem službe ili rada.³¹ Tako je sud u jednom primeru zaključio da je okrivljeni koji je radio kao pekar u privatnoj pekari izvršio krađu a ne proneveru novca iz kase, iako je bio zaposlen u pekari, jer nije radio na prodaji peciva niti uopšte obavljao poslove prodaje.³²

²⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kzz 79/04 od 2. 11. 2005. godine, I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije. Knjiga 7* (prir. A. Trešnjev), Beograd, 2006, 192–193.

²⁵ V. Lj. Lazarević, op. cit., 775.

²⁶ V. presudu Vrhovnog suda Srbije, Kzz 44/95 od 14. 11. 1996. godine, *Ing-pro*.

²⁷ Presuda Opštinskog suda u Lazarevcu, K 21/04 od 6. 10. 2004. i presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 3224/04 od 23. 12. 2004. godine, *Ing-pro*.

²⁸ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1-Po1 21/10 od 18. 11. 2011. godine, *Ing-pro*.

²⁹ Presuda VKS, Kzz 48/17 od 6. 2. 2017. godine, *Ing-pro*.

³⁰ Z. Stojanović, op. cit., 751.

³¹ Lj. Lazarević, op. cit., 775.

³² Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 2220/03 od 21. 7. 2003. godine, *Ing-pro*.

Poveravanje stvari u službi ili na radu po pravilu se ostvaruje tako što se lice formalno *zadužuje* sa njima. Tako se npr. blagajnik u banci (u svojstvu računopola- gača) ili radnik u kiosku,³³ svakodnevno zadužuju i razdužuju sa novcem sa kojim rukuju. Slično i profesionalni vozač kao zaposleni može biti zadužen ne samo sa službenim vozilom već i s karticom koja mu omogućava kupovinu goriva na ben- zinskim pumpama, koje može da ne prikaže u službenim ispravama (nalozima za gorivo i putnim nalozima) i tako prisvoji.³⁴ Formalno zaduživanje, međutim, nije neophodno, jer poveravanje stvari može biti i *faktičko*, pa se poverenim smatraju „ne samo stvari kojima je lice zaduženo već i one stvari koje su mu predate na čuvanje i rukovanje u vezi sa njegovim radom tako da se te stvari u vreme izvrše- nja krivičnog dela nalaze u njegovom pritežanju“.³⁵ Tako je npr. inkasantu u opisu poslova da vrši podelu i naplatu računa od građana (za različite usluge) i da pazare predaje na blagajni i kada nije zaduživan računima u finansijskom smislu,³⁶ kao što je i šalterski radnik u pošti (kao i poštonoša koji dostavlja penzije)³⁷ prema opisu posla ovlašćen da za različite usluge prima novac.³⁸

Radnja prisvajanja podrazumeva da je učinilac sebi doznačio *kvazisvojnin- ska* ovlašćenja na poverenoj stvari, to jest da je sa njom raspolagao „kao da je u njegovoj svojini“.³⁹ Učinilac mora postupati *u nameri* da sebi ili drugom pribavi *protivpravnu imovinsku korist*. To može npr. izostatiti ako se poverena stvar u smislu tzv. prava zadržavanja (čl. 286 Zakona o obligacionim odnosima)⁴⁰ zadržava kao sredstvo obezbeđenja plaćanja (do okončanja postupka pred privrednim sudom),⁴¹ ili drugog potraživanja prema organizaciji u kojoj se radi.⁴²

Saznanje učinioca da je u novcu i robi nastao *višak* koji prisvaja prema postupanju prakse ne isključuje proneveru, čak i ako popisom ne bude utvrđen

³³ Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Kž 2766/03 od 8. 10. 2003. godine, *Ing-pro*.

³⁴ Presuda Višeg suda u Čačku, Kž 10/16 od 18. 1. 2016. godine, Paragraf Lex.

³⁵ Presuda Vrhovnog vojnog suda, K 252/96 od 11. 2. 1997. godine, *Ing-pro*. Identično i pre- suda Višeg suda u Valjevu, Kž1 27/21 od 7. 4. 2021. godine, *Ing-pro*.

³⁶ Presuda Višeg suda u Valjevu, Kž1 27/21 od 7. 4. 2021. godine, *Ing-pro*.

³⁷ Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 3600/06 od 16. 1. 2007, *Ing-pro*.

³⁸ Vrhovni sud Srbije, Kž 2228/76, *Ing-pro*.

³⁹ Presuda Vrhovnog vojnog suda, K 252/96 od 11. 2. 1997. godine, *Ing-pro*.

⁴⁰ *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

⁴¹ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, K 2847/10 i presuda Apelacionog suda u Beo- gradu, Kž1 788/11 od 4. 8. 2011. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, br. 3/2011, *Intermex*.

⁴² Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž 3550/13 od 23. 7. 2013. godine, Paragraf Lex.

manjak.⁴³ I inače sudovi nisu skloni tome da isključe proneveru tamo gde ostvareni višak bude rezultat rada, pa i kakvog vanrednog angažovanja zaposlenog, jer to ne znači po sebi da ova vrednost postaje njegova svojina. Upravo suprotno, uštedena stvar (u konkretnom slučaju gorivo) „ostaje svojina oštećene radne organizacije, a ako optuženi ima pravo, može mu pripasti određena premija u novcu ukoliko je to internim propisom oštećene radne organizacije propisano“.⁴⁴

Delo je *dovršeno* kada poverena stvar bude prisvojena. Tako je u jednom primeru stvar poverena u službi bila dovršena (a ne u kažnjivom pokušaju) čim je službeno lice u nameri pribavljanja koristi stvari stavilo u vreću i iznelo ih iz kancelarije, iako nije uspelo da ih iznese iz kasarne jer je na izlazu otkriveno od dežurnog.⁴⁵ Nije neophodno da bude ostvarena i protivpravna imovinska korist, odnosno da prisvojena stvar nekom npr. bude i prodana. Ipak, iako se u više odluka prisvajanje određuje kao „ostvarenje mogućnosti kasnijeg korišćenja stvari“,⁴⁶ takva formulacija nije najpreciznija, jer prisvajanje to nije po svojoj suštini.

OTKAZ KAO RADNOPRAVNA POSLEDICA PRONEVERE STVARI POVERENIH U SLUŽBI ILI NA RADU

Zaposleni koji stvari poverene u službi ili na radu prisvoji može dobiti i *otkaz* od strane poslodavca, i to po više osnova.⁴⁷ Najneposrednije to može biti slučaj ako bude *pravnosnažno osuđen za krivično delo na radu ili u vezi sa radom* (čl. 179, st. 1, tač. 2 Zakona o radu),⁴⁸ što znači u pravnosnažno okončanom *krivičnom postupku*.⁴⁹ Nije sporno da nepropisno postupanje zaposlenog sa sredstvima rada

⁴³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž 444/80, *Ing-pro*.

⁴⁴ Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 575/95 od 27. 6. 1996. godine, *Ing-pro*.

⁴⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž1-VP 26/05 od 29. 11. 2005. godine, Paragraf Lex.

⁴⁶ V. npr. presudu Osnovnog suda u Čačku, K 33/10 od 1. 6. 2010. i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1 4836/10 od 13. 10. 2010. godine, *Bilten Apelacionog suda u Kragujevcu*, br. 2/2011, *Intermex*; presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, K 2847/10 i presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 788/11 od 4. 8. 2011. godine, *Ing-pro*.

⁴⁷ Treba imati u vidu da pogrešna pravna kvalifikacija (po jednom otkaznom razlogu) ne vodi nezakonitosti odluke o prestanku radnog odnosa ako činjenični opis radnje ukazuje na to da su ispunjeni razlozi za otkaz po nekom drugom osnovu (presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev2 907/08 od 17. 9. 2008. godine, *Ing-pro*), tako da sud u odlučivanju nije vezan primenom materijalnog prava na kojem je poslodavac zasnovao svoju odluku.

⁴⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – odluka US, 113/17 i 95/18 – autentično tumačenje – u daljem tekstu ZR.

⁴⁹ Presuda VKS, Rev2 475/16 od 6. 4. 2017. godine, *Ing-pro*.

i drugim predmetima kojima se rukuje na radu može biti vrednovano od strane poslodavca, čak i ako bi se kruto tumačilo da se sama radnja prisvajanja tipično odigrava van mesta rada. Otkaz se po ovom osnovu može dati zaposlenom najkasnije do isteka roka zastarelosti utvrđenog zakonom za odnosno krivično delo (čl. 184, st. 2 ZR), pri čemu se zakonitost rešenja o otkazu ceni prema vremenu njegovog donošenja, nezavisno od toga što je možda i pre okončanja postupka po reviziji eventualno zaista nastupila pravnosnažnost krivične osude.⁵⁰ U slučaju otkaza iz ovog razloga zaposlenog nije neophodno pisanim putem upozoriti na postojanje razloga za otkaz niti ostaviti rok da se izjasni na navode iz upozorenja.⁵¹

Zanimljivo je primetiti da je u našoj sudskoj praksi rok zastarelosti u nekim odlukama ovde tumačen u smislu tzv. apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja, to jest kao dvostruko vreme koje se po zakonu traži za (relativnu) zastarelost krivičnog gonjenja kod krivičnog dela pronevere.⁵² Vezivanje roka za zastarelost *krivičnog gonjenja* imalo je smisla u okolnostima ranijeg oblića ovog otkaznog razloga, gde je nakon donošenja aktuelnog Zakona o radu za eventualni otkaz bilo dovoljno da zaposleni „učini krivično delo na radu ili u vezi sa radom“, i bez postojanja pravnosnažne osude. Nakon zakonske izmene koja se izričito vezuje za pravnosnažnu osudu, odredbu čl. 184, st. 2 moguće je tumačiti samo u smislu *zastarelosti izvršenja kazne* (čl. 105 KZ). Uz to, nejasno je zbog čega bi se tu radilo o *apsolutnoj zastarelosti*. Pravo na kažnjavanje, pa i na mogući otkaz kao eventualno pravno dejstvo krivične osude, zaslužuje da bude „ugašeno“ već protekom osnovnog roka zastarelosti izvršenja, ako nekom radnjom nadležnog organa preduzetoj radi izvršenja kazne ne dođe do prekida toka zastarelosti i ponovnog početka roka. Samo u ovom drugom slučaju zastarelost nastupa protekom dvostrukog vremena „koje se po zakonu traži za zastarelost izvršenja kazne“.

Drugi otkazni razlog koji dolazi u obzir tiče se *povrede radne obaveze* učinjene vlastitom krivicom. Iako su ovde u Zakonu o radu posebno imenovane i neke obaveze koje se posredno mogu dovesti u vezu sa prisvajanjem sredstava rada (npr. „necelishodno i neodgovorno korišćenje sredstava rada“ odnosno „prekoračenje ovlašćenja“), parničnom sudu je na raspolaganju i opšta generalna klauzula prema kojoj može biti učinjena *bilo koja* povreda radne obaveze utvrđena opštim aktom ili ugovorom o radu (čl. 179, st. 2, tač. 5 ZR). Slične mogućnosti predviđene su i u drugim propisima.⁵³ Slično važi i u pogledu Zakona o zaposlenima u autonomnim

⁵⁰ V. npr. presudu VKS, Rev2 1604/21 od 29. 10. 2021. godine, *Ing-pro*.

⁵¹ Presuda VKS, Rev2 1349/21 od 29. 10. 2021. godine, *Ing-pro*.

⁵² Presuda VKS, Rev2 1602/10 od 7. 4. 2011. godine, *Ing-pro*.

⁵³ Kao težu povredu radne obaveze, koja može voditi i disciplinskoj meri prestanka radnog odnosa, Zakon o radnim odnosima u državnim organima propisivao je „nezakonito raspolaganje materijalnim sredstvima“ (čl. 59, st. 1, tač. 6), pod šta se nesumnjivo moglo podvesti i

pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, koji kao težu povredu dužnosti iz radnog odnosa predviđa „nezakonito raspolaganje sredstvima, kao i nesavestan odnos prema sredstvima kojima službenik, odnosno nameštenik rukuje“ (čl. 138, tač 13), ili Zakona o zaposlenima u javnim službama (čl. 143, tač. 3), kod kojeg se kao teža povreda obaveza iz radnog odnosa odnosno povreda radne discipline utvrđuje „nezakonito, nenamenski ili neodgovorno korišćenje i raspolaganje finansijskim i drugim sredstvima i opremom javne službe“. Često i kolektivni ugovori (odnosno pravilnici o radu, tamo gde ne postoje uslovi za regulisanje radnopravnih odnosa putem kolektivnog ugovora, kao i sami ugovori o radu zaključeni sa zaposlenim) kao svojom krivicom učinjenu povredu radne obaveze *izričito* predviđaju i proneveru ili krađu u preduzeću, uglavnom bez ograničavanja mogućnosti otkaza, visinom vrednosti proneverene stvari.⁵⁴

Treba primetiti da se uslov *krivice* ovde ne tumači u smislu skrivljenog vršenja krivičnog dela (u ovom slučaju pronevere), konstatovanog pravnosnažnom krivičnom *osudom* (koja po ovom osnovu i ne predstavlja uslov),⁵⁵ već kao prethodno utvrđena krivica za učinjenu povredu radne obaveze u disciplinskom postupku, čiji je teret dokazivanja na strani poslodavca.⁵⁶ To, štaviše, može biti i prisvajanje

prisvajanje na radu poverenih stvari. U pogledu npr. krađe v. presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev 50/08 od 21. 5. 2008. godine, *Ing-pro*.

⁵⁴ V. npr. čl. 50, st. 1, tač. 12. i čl. 52, st. 1, tač. 10. Kolektivnog ugovora kod poslodavca Urbanističkog zavoda Beograda JUP, *Službeni list grada Beograda*, br. 6–89 od 29. 1. 2015. godine.

⁵⁵ Tako izričito presuda VKS, Rev2 913/15 od 7. 4. 2016. godine, *Ing-pro*. Treba primetiti da je Zakon o radu do 2014. godine omogućavao da povreda radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline budu utvrđeni blanketnim normama, uključujući i norme kojima se upućuje na krivično-pravne propise, što je značilo da se kao povreda radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline mogla propisati i radnja koja predstavlja krivično delo, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo. Ustavni sud je tu odredbu oglasio neustavnom. V. detaljnije Ljubinka Kovačević, „Razumevanje disciplinske i krivične odgovornosti zaposlenih u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije“, *Teorija in praksa, pravo in življenje* (ur. D. Senčur Peček), „Liber amicorum Etelka Korpič-Horvat“, Maribor, 2018, 121 i dalje.

⁵⁶ Tako izričito presuda VKS, Rev2 2867/16 od 6. 4. 2017. godine, *Ing-pro*. „S obzirom da je tužilac prema sopstvenoj izjavi dva dana pre spornog događaja imao saznanja da se na deponiji nalaze kanisteri sa gorivom, da je dan pre kritičnog događaja proverio da li se kanisteri nalaze na tom mestu, da o tome nije obavestio nadređene, da je zatečen kako uzima kanistere napunjene gorivom i stavlja ih u kabinu traktora, pravilno su nižestepeni sudovi zaključili da je tužilac kriv za učinjene povrede radnih obaveza koje su mu stavljene na teret, zbog čega nema uslova za poništaj rešenja o otkazu ugovora o radu“, presuda VKS, Rev2 183/2016 od 28. 4. 2016. godine, Paragraf Lex. Na drugom mestu sud konstatuje da je tuženi priloženim dokazima „samo ukazao na postojanje indicija o odgovornosti tužioca u odnosu na navedene okolnosti, a postojanje indicija nije dovoljan stepen izvesnosti verovatnoće za utvrđenje odgovornosti zaposlenog za povredu radne obaveze koje su mu od strane poslodavca stavljene na teret u sudskom postupku“ (presuda VKS, Rev2 2206/20 od 21. 1. 2021. godine, *Ing-pro*).

nekim, iz ugla eventualne krivične odgovornosti, bagatelnih predmeta (npr. pet litara redukovanog ulja, sakrivenog u rancu, u pokušaju svesnog iznošenja iz poslovne prostorije poslodavca).⁵⁷ Ipak, sprovođenje disciplinskog postupka je nužno. Stoga, ako zaposlenom bude otkazan ugovor o radu zbog povrede radne obaveze bez prethodnog utvrđivanja disciplinske krivice (ne po osnovu pravnosnažne osude za krivično delo pronevere na radu ili u vezi sa radom prema čl. 179, st. 1, tač. 2 ZR), otkaz ugovora o radu neće se smatrati zakonitim čak ni ako u vezi istog događaja zaposleni zaista bude oglašen odgovornim za krivično delo.⁵⁸ Međutim, ako postupak bude sproveden i krivica zaposlenog za učinjenu povredu utvrđena – neće biti ni od kakvog značaja to što protiv zaposlenog nije u vezi sa istim događajem bio istovremeno sproveden i prekršajni ili krivični postupak. U disciplinskom postupku se „postojanje krivičnog dela ne ispituje radi utvrđivanja krivične odgovornosti, već radi primene propisa o disciplinskoj odgovornosti zaposlenog zbog teže povrede radne obaveze“, zbog čega „za kvalifikaciju krađe [odnosno pronevere] na radu kao teže povrede radne dužnosti nije nužno da se protivpravna radnja oduzimanja [prisvajanja] pokretnih stvari poklapa sa obležjima krivičnog dela krađe [pronevere] iz (...) Krivičnog zakona Srbije. Isti životni događaj može biti različito kvalifikovan sa krivičnopravnog, prekršajnog ili radnopravnog (disciplinskog) aspekta. U ovom slučaju kolektivni ugovor tuženog upotrebljava termin pronevera ili krađa na radu ili u vezi sa radom, ali to ne čini u krivičnopravnom smislu niti je uslov disciplinske odgovornosti postojanje ili eventualna osuda zbog krivičnog dela“.⁵⁹

Pritom, skrivljenost povrede radne obaveze ne tumači se analogno oblicima krivice s kojima može biti počinjeno krivično delo koje predstavlja predmet učinjene povrede. Drugim rečima, to što pronevera kao krivično delo pretpostavlja umišljaj učinioca, tačnije što naša sudska praksa zbog postojanja namere to dalje sužava isključivo na direktan umišljaj – ne podrazumeva *apriori* da i povreda radne obaveze učinjena vlastitom krivicom kao razlog otkaza mora u disciplinskom postupku biti učinjena sa istim oblikom krivice (umišljajem odnosno namerom).

S druge strane, sudska praksa je krajnje neujednačena kada je u pitanju tumačenje pretpostavki *stepena krivice* neophodnog za disciplinsku odgovornost po ovom osnovu. Tako u jednoj odluci sud zaključuje da „Zakon o radu ne vrši stepenovanje krivice zaposlenog koji učini povredu radne obaveze, pa je dovoljno da je

⁵⁷ Presuda VKS, Rev2 1264/2014 od 10. 6. 2015. godine, Paragraf Lex.

⁵⁸ Presuda VKS, Rev2 3150/17 od 29. 3. 2018. godine, sentenca utvrđena na sednici Građanskog odeljenja od 12. 2. 2019. godine, *Ing-pro*.

⁵⁹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev 1086/02 od 9. 10. 2002. godine, *Ing-pro*.

ona učinjena i sa *običnom nepažnjom*.⁶⁰ Na drugom pak mestu se konstatuje da je „potrebno da postoji protivpravna radnja zaposlenog i njegova krivica za tu radnju u stepenu *namere* ili *krajnje nepažnje*“ „da bi bio zakonit otkaz ugovora o radu zbog povrede radne obaveze“. ⁶¹ Na trećem mestu se čak tumači da je „neophodan uslov za postojanje navedenog otkaznog razloga krivica zaposlenog (*svest i namera*) za preduzetu protivpravnu radnju ili propuštanje, koje predstavlja biće povrede radne obaveze“. ⁶² Treba primetiti da često i pravilnici o radu, kada kao razlog otkaza ugovora o radu predviđaju krivično delo učinjeno na radu ili u vezi sa radom, izričito navode i neophodne oblike krivice (tipično *nameru* ili *grubu nepažnju*)⁶³. U svakom slučaju, u odlukama se uopšte ne operiše krivičnopravnim (umišljaj/nehat) već građanskopravnim oblicima krivice (*namera/nepažnja*).

Pored stepena krivice, i u disciplinskom postupku se pretpostavkom odgovornosti zaposlenog smatra njegova očuvana sposobnost da rasuđuje i odlučuje o svojim postupcima, odnosno njegova *uračunljivost*. Ako veštačenjem u parnici bude utvrđeno da to nije bio slučaj, jednako bi otpao uslov skrivljene povrede radne obaveze.⁶⁴ Međutim, i u disciplinskom postupku se, nalik krivičnom, pravi razlika da li je eventualna neuračunljivost bila skrivljena (*actiones liberae in causa*), to jest da li je zaposleni na posao dolazio kao akutno alkoholisan, ili je alkoholisanost bila rezultat bolesti hroničnog alkoholizma u toksikomanskoj fazi teškog stepena na koju zaposleni nije mogao da utiče.⁶⁵

I ovde je krivica *individualna*, što ima naročiti značaj upravo u predmetima koji se tiču pronevere učinjene od strane zaposlenog. Naime, samo konstatovanje da je nastao manjak neće biti dovoljno tamo gde nije utvrđen način njegovog nastanka, to jest ko je od više zaposlenih isti prouzrokovao i skrivio.⁶⁶

Iako zakonodavac kod skrivljene povrede radne obaveze izričito ne pominje zahtev da ona bude učinjena „na radu ili u vezi sa radom“, i ovde se podrazumeva da povreda radne dužnosti koja ima posledicu otkaza mora imati izvesnu poveznicu sa radom zaposlenog. U radnopravnoj doktrini se osim povreda učinjenih na mestu rada i u radno vreme, ovde podvode i ponašanja radnika van radnog vremena i mesta rada ako se to odražava na proces rada i izvršavanje radnih obaveza,

⁶⁰ Presuda VKS, Rev2 175/14 od 17. 4. 2014. godine, Paragraf Lex.

⁶¹ Presuda VKS, Rev2 2366/19 od 12. 11. 2020. godine, *Ing-pro*.

⁶² Presuda VKS, Rev2 897/16 od 21. 12. 2016. godine, *Ing-pro*.

⁶³ V. presudu VKS, Rev2 1302/18 od 27. 6. 2019. godine, *Ing-pro*.

⁶⁴ V. presudu VKS, Rev2 984/20 od 10. 9. 2021. godine, *Ing-pro*.

⁶⁵ V. presudu VKS, Rev2 3051/20 od 16. 12. 2021. godine, Paragraf Lex.

⁶⁶ V. presudu VKS, Rev2 3150/17 od 29. 3. 2018. godine, *Ing-pro*.

pa i situacije kada zaposleni van radnog mesta i radnog vremena koristi sredstva za rad i druge predmete koji pripadaju poslodavcu.⁶⁷ Tako se u jednoj odluci kao krivično delo na radu odnosno u vezi sa radom se tumači i *službeni put* na koji je zaposleni upućen u cilju izvršavanja radnih zadataka za koje je plaćen.⁶⁸ Kriterijum „*veze sa radom*“ u praksi se pritom tumači prilično ekstenzivno. Tako je u jednom slučaju sud zaključio postojanje otkaznog razloga u situaciji kada je lice zaposleno kao pravosudni stražar priznalo krivično delo neovlašćenog držanja opojnih droga, iako je posedovanje utvrđeno prilikom zaustavljanja od strane saobraćajne policije. Sud je smatrao da ovde radi o specifičnoj vrsti posla koja podrazumeva „određeni nivo discipline i primernog ponašanja zaposlenog (...) te se njegovo ponašanje i pored toga što nije učinjeno na radu može smatrati da je u vezi sa radom, s obzirom da je tužilac ispoljio takvo ponašanje zbog koga ne može da nastavi da obavlja ovu vrstu poslova koje je do sada obavljao“.⁶⁹ Međutim, za razliku od razloga „nepoštovanja radne discipline“, koje zaista sadrži i jednu u tom smislu dovoljno široku odredbu (čl. 179, st. 3, tač. 8) koja omogućava slično tumačenje (mogućnost otkaza ugovora o radu ako je ponašanje zaposlenog „takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“), razlozi koji se tiču skrivljene „povrede radne obaveze“ po prirodi stvari bi morali biti bliže povezani sa radom, osim ako slična povreda nije izričito propisana.

U svakom slučaju, vođenje *disciplinskog postupka* kod poslodavca protiv zaposlenog ne isključuje vođenje krivičnog postupka protiv istog lica i u vezi sa istim događajem u smislu pravila *ne bis in idem*.⁷⁰ To je vladajući stav i u radnopravnoj doktrini.⁷¹ Zanimljivo je, međutim, primetiti da ova nezavisnost kaznenih (pre svih krivičnog i prekršajnog) i disciplinskog postupka važi i u obrnutom smeru, pa oslobađajuća krivična presuda (za proneveru) nije od značaja za odlučivanje u disciplinskom postupku.⁷²

RAZGRANIČENJE PRONEVERE SA POSLUGOM I DRUGIM DELIKTIMA

U praksi je često teško razgraničiti proneveru i poslugu. *Poslugu* (čl. 365 KZ) čini onaj ko se stvarima poverenim u službi ili na radu samo neovlašćeno posluži.

⁶⁷ Lj. Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 367.

⁶⁸ Presuda VKS, Rev2 521/16 od 3. 2. 2017. godine, *Ing-pro*.

⁶⁹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž1 3008/15 od 21. 1. 2016. godine, Paragraf Lex.

⁷⁰ Igor Vuković, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022², 6. V. npr. presudu VKS, Kzz 1355/20 od 1. 12. 2020. godine, Paragraf Lex.

⁷¹ V. Lj. Kovačević (2016), op. cit., 396.

⁷² Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev 1246/07 od 6. 2. 2008. godine, *Ing-pro*.

Da li je poverena stvar bila prisvojena ili tek neovlašćeno korišćena utvrđuje se u postupku i mora biti dokazima potkrepljeno. U praksi se tu redovno koristi kriterijum da li je zaposleni imao nameru da poverene stvari prisvoji ili nakon upotrebe vrati.⁷³ Tu za zaključak o proneveri nije dovoljno samo konstatovanje manjka,⁷⁴ kao što bi i izostanak prisvajanja morao biti potkrepljen odgovarajućim činjenicama (npr. da je otkriveni uzete iznose novca vraćao očekujući da mu pristigne novac od naknade ekspropisane nepokretnosti i prodaje stana).⁷⁵ Zanimljivo je da se u praksi u obrazloženjima nekada nailazi i na razlikovanje koje počiva na vidljivom izostanku namere pribavljanja imovinske koristi kod posluge,⁷⁶ sa idejom da se samo kod pronevere zahteva takva namera. Međutim, ovo razlikovanje nije ubedljivo jer se i neovlašćenim korišćenjem ostvaruje merljiva korist, koje je učinilac takođe svestan. Nije isključeno da se posluga eventualno zaključi i u pogledu *potrošnih* stvari (pre svega novca), ako je učinilac (npr. u svojstvu blagajnika zaduženog za prijem novca od nastavnika za kupovinu udžbenika, rekreativnu nastavu i ekskurziju)⁷⁷ imao nameru da pozajmljeni potrošeni novac ubrzo vrati, iako se u praksi tu češće ipak zaključuje prisvajanje odnosno pronevera.⁷⁸ U literaturi se pritom naglašava da će namera da se uzeti novac vrati redovno izostati ako postoji značajna nesrazmera između uzete vrednosti i imovnog stanja učinioca.⁷⁹ Razume se, vraćanje „pozajmljenog“ moralo bi se učiniti pre nego što delo bude otkriveno, jer se nakon tog momenta povraćaj prisvojenog novca može posmatrati samo kao

⁷³ V. npr. presudu Opštinskog suda u Leskovcu, K 363/06 od 16. 10. 2008. i rešenje Apelacionog suda u Nišu, Kž1 767/10 od 25. 1. 2011. godine, *Intermex*.

⁷⁴ Tako izričito rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž1 1148/07 od 24. 12. 2007. godine, Paragraf Lex. U jednoj odluci, primera radi, sud konstatuje da kod „krivičnog dela posluge namera učinioca da se sa prisvojenim novcem posluži pa da ga vrati može postojati pod uslovom da učinilac novac koji je uzeo može da vrati iz svojih sredstava ili eventualno ako se može očekivati da učinilac u budućem vremenu dođe do prihoda iz kojih će moći da vrati uzeti novac. Osim toga, posluga mora biti privremenog karaktera, odnosno prisvojeni novac se mora vratiti u relativno kratkom vremenskom intervalu“, presuda Okružnog suda u Valjevu, K. 9/00 od 22. 6. 2000. godine, Paragraf Lex.

⁷⁵ Presuda Okružnog suda u Kraljevu, K 86/06 od 3. 9. 2007. godine, *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Kraljevu*, br. 1/2009, *Intermex*.

⁷⁶ Presuda VKS, Kzz 438/16 od 21. 4. 2016. godine, Paragraf Lex.

⁷⁷ Presuda Osnovnog suda u Ivanjici, K 263/12 od 8. 11. 2016. i rešenje Višeg suda u Čacku, Kž 44/17 od 17. 3. 2017. godine, *Ing-pro*.

⁷⁸ V. npr. presudu Vrhovnog suda Srbije, Kž1 207/05 od 25. 5. 2006. godine, Paragraf Lex. Ako je pak novac (kojim se npr. zaposleni u banci prema svojim potrebama posluživao) periodično vraćan – posluga nije isključena.

⁷⁹ Lj. Lazarević, op. cit., 778.

obeštećenje oštećenog a ne kao dokaz učinjene posluge.⁸⁰ U praktičnom smislu, iz ugla eventualnog otkaza ugovora o radu za skrivljenu povredu radne obaveze, često nema bitne razlike da li je zaposleni na radu učinio proneveru ili posluhu, budući da ugovori o radi neretko predviđaju mogućnost otkaza po ovom osnovu i ako se zaposleni „neovlašćeno posluži poverenim sredstvima rada“.⁸¹

Treba primetiti da je za posluhu predviđen *isti kazneni raspon* kao i za proneveru, što na prvi pogled deluje neopravdano, imajući u vidu suštinsku razliku između prisvajanja i neovlašćenog korišćenja. Stiće se utisak da je zakonodavac hteo da realan deficit na planu dokazivanja – da je učinilac stvar prisvojio – elegantno zaobiđe omogućavanjem iste kazne i tamo gde prisvajanje nije moguće činjenično potkrepiti.⁸²

Zakonodavac u opisu posluge ne koristi kod pronevere uobičajeno razlikovanje na subjekte koji obavljaju ili ne obavljaju privrednu delatnost, već delom obuhvata stvari poverene u službi ili na radu u „državnom organu, preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu ili radnji“. Iako je u jugoslovenskom pravu biće posluge obuhvatalo samo one subjekte na koje se odnosila i pronevera, aktuelno rešenje zbog razdvajanja opšteg dela pronevere i pronevere u obavljanju privredne delatnosti navodi drugačiju formulaciju, pa bi pod drugim subjektom ili radnjom trebalo razumeti i subjekte privrednog poslovanja.

U praksi se pronevera nekada vrši u sticaju sa nekim od delikata *falsifikovanja isprave*, ako se delom ostvoreni manjak na taj način prikriva.⁸³ Slično navedenom bi postojao i u praksi čest sticaj pronevere sa lažnim prijavljivanjem (čl. 334 KZ), ako se radi prikrivanja učinjenog prisvajanja podnese lažna prijava da je novac bio oduzet upotrebom sile.⁸⁴ Ali, ako falsifikovanje nije u funkciji prikrivanja već samog stvaranja uslova za prisvajanje (npr. unošenjem u službene isprave štednih uloga podataka da su vlasnici podizali novac, uz falsifikovanje njihovih potpisa i overavanje pečatom banke) – sticaj nije pravi već prividan.⁸⁵ Kako pronevera

⁸⁰ V. u tom smislu presudu Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1. 828/14 od 10. 6. 2014. godine, Paragraf Lex.

⁸¹ V. npr. presudu VKS, Rev2 1491/20 od 9. 9. 2021. godine, *Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu*, br. 1/2022, Paragraf Lex.

⁸² Slično Z. Stojanović, op. cit., 1089.

⁸³ V. npr. presudu Apelacionog suda u Nišu, Kž 211/17 od 7. 3. 2017. godine, Paragraf Lex; presuda Okružnog suda u Valjevu, K 15/07 od 5. 3. 2009. i presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž 79/10 od 17. 5. 2010. godine, *Ing-pro*.

⁸⁴ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Kž1 2443/13 od 27. 8. 2014. godine, Paragraf Lex. V. takođe presudu Okružnog suda u Beogradu, Kž 135/02 od 7. 2. 2002. godine, *Ing-pro*.

⁸⁵ I. Vuković, op. cit., 350. V. npr. presudu Okružnog suda u Kruševcu, K 16/04 od 13. 5. 2005. i presudu Vrhovnog suda Srbije, Kž 1413/05 od 6. 6. 2006. godine, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, br. 75/2007, *Intermex*.

predstavlja samo poseban oblik *zloupotrebe položaja* (službenog odnosno odgovornog lica), sticaj sa ovim delom je samo prividan, po osnovu specijaliteta.⁸⁶ Ako poštar otvara pisma koja je trebalo da uruči primaocima i nađeni novac zadržava za sebe, odgovaraće pored pronevere i za povredu tajnosti pisama i drugih pošiljki (čl. 142 KZ).⁸⁷

Prof. Dr. IGOR VUKOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

CRIMINAL AND LABOR LAW ASPECTS OF EMBEZZLEMENT OF MOVABLE PROPERTY ENTRUSTED IN SERVICE OR AT WORK

Summary

The paper discusses criminal and labor law issues concerning possible embezzlement of property entrusted in the exercise of office or at work. In the Serbian Criminal Code, there are two similar criminal offenses that include misappropriation of someone else's movable property at work, with a distinction whether the property is entrusted to an employee in a business entity (Art. 224) or in a state authorities, institution or other entity that does not perform economic activity (Art. 364). The Serbian Labor Act, as well as collective agreements and employment contracts, often provide for the dismissal of an employee as a possible legal consequence of a criminal offense committed at work or in relation to work. Such an outcome, moreover, is not rare in practice. The author analyzes the important dilemmas that can be posed in this sense, giving appropriate interpretations that can be helpful in the application of legal rules, not only with regard to the criminal offense of embezzlement, but in general criminal offenses committed at work or in relation to work.

Key words: embezzlement, unauthorized use, dismissal, entrusted movables

Literatura

- Delić N., *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
- Kovačević Lj., „Razumevanje disciplinske i krivične odgovornosti zaposlenih u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije“, *Teorija in praksa, pravo in življenje* (ur. D. Senčur Peček), „Liber amicorum Etelka Korpič-Horvat“, Maribor, 2018.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Lazarević Lj., *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (red. N. Srzentić i dr.), Savremena administracija, Beograd, 1976.

⁸⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž1 2067/06(2) od 13. 2. 2007. godine, Paragraf Lex.

⁸⁷ Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 237/97 od 15. 4. 1997. godine, *Ing-pro*.

Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.

Tahović J., *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1956.

Vuković I., *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BOJAN BOŽOVIĆ
FILIP BOJIĆ

ODLUČIVANJE U SPOROVIMA POVODOM PREOBRAŽAJA RADA VAN RADNOG ODNOSA U STANDARDNI RADNI ODNOS U SUDSKOJ PRAKSI DOMAĆIH SUDOVA

Tema ovog rada jeste preobražaj rada van radnog odnosa, pre svega u formi privremenih i povremenih poslova, u oblik rada koji se obavlja u okviru standardnog radnog odnosa. Imajući u vidu da se autori u radu najviše bave pitanjem preobražaja ugovora o privremenim i povremenim poslovima, ukratko će u radu biti ukazano na osnovne karakteristike ovog ugovora, kao i na institut preobražaja radnog odnosa na određeno vreme u radni odnos na neodređeno vreme. Nakon uvodnih teorijskih razmatranja, prikaza institucionalnog okvira u domaćem i uporedno-pravnom zakonodavstvu, analizira se odlučivanje našeg sudstva u pogledu ovog pravnog pitanja. Ukazuje se na dinamičan razvoj domaće sudske prakse, uz kritički osvrt, koji se kretao od a priori zabrane ove promene pravne forme obavljanja rada do dozvoljavanja, pod određenim uslovima, preobražaja rada van radnog odnosa u pravnu formu rada u radnom odnosu. Konačno, autori iznose vrednosni stav u pogledu naših zakonodavnih rešenja i pravnog stanovišta domaćeg sudstva i to sa aspekta prava na dostojanstven rad i dostojanstva na radu.

Ključne reči: radni odnos, ugovori kojima se na zasniva radni odnos, privremeni i povremeni poslovi, preobražaj radnog odnosa, sudska praksa

U V O D

Usled brojnih promena u organizaciji rada, prouzrokovanih globalizacijom i ubrzanim tehnološkim razvojem, sve je teže napraviti jasno razgraničenje između

Dr Bojan Božović, sudija Višeg suda u Novom Sadu, e-mail: bojan.bozovic@ns.vs.sud.rs.

Dr Filip Bojić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: filip.bojic@ius.bg.ac.rs.

standardnog radnog odnosa i različitih oblika radnog angažovanja kojima se ne zasniva radni odnos.¹ Primetno je da su na tržištu rada poslednjih decenija sve više zastupljene nove forme rada, koje između ostalog, podrazumevaju i rad van radnog odnosa, odnosno angažovanje lica na osnovu nekog od ugovora, kojima se ne zasniva radni odnos.²

Domaći zakonodavac u ugovore kojima se ne zasniva radni odnos svrstava ugovor o privremenim i povremenim poslovima, ugovor o delu, ugovor o stručnom osposobljavanju i usavršavanju i ugovor o dopunskom radu.³ Prema Brkoviću i Urdareviću „u pitanju su ugovori koji su obligacionopravne prirode, ali kod kojih izvršilac posla stiče određena radnopravna svojstva“.⁴ Nesporno je da su u pitanju ugovorni odnosi, ali u odnosu na klasične ugovorne, građanskopravne odnose, odnosi koji se uspostavljaju na osnovu ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, baziraju se i na pojedinim elementima koji su karakteristični za radne odnose.⁵ Između ostalog, sve ove ugovorne forme, kojima se ne zasniva radni odnos, su u najvećem broju slučajeva, ličnopravnog karaktera, što znači da se ugovori zaključuju s obzirom na određena svojstva izvršioca posla, koji je dužan da lično izvršava rad za poslodavca.⁶ Takođe, lice koje je angažovano na osnovu nekog od ovih ugovora ima i određena prava i obaveze, koja su svojstvena zaposlenom u radnom odnosu, te im se između ostalog priznaje pravo na zaštitu bezbednosti i zdravlja na radu, a u pojedinim slučajevima uplaćuju im se i doprinosi za obavezno socijalno osiguranje.⁷ Istovremeno, kod svih ovih ugovora, sa izuzetkom ugovora o stručnom

¹ Giuseppe Casale, „The Employment Relationship: A General Introduction“, *The Employment Relationship, A Comparative Overview* (ur. Giuseppe Casale), Hart Publishing, International Labour Office, Geneva, 2011, 1.

² Opširnije kod: Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 90-91.

³ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka Ustavnog suda, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 197-202.

⁴ Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 98.

⁵ Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2015, 179.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

Navedeno je potvrđeno i u odluci Vrhovnog suda Srbije iz 1993. godine, u kojoj stoji da se „ugovorom o vršenju privremenih ili povremenih poslova ne uspostavlja radni odnos, ali radnik na osnovu tog ugovora stiče određena prava po osnovu rada, kao što je pravo na osiguranje za slučaj nesreće na poslu ili profesionalnog oboljenja i pravo na zdravstveno, penzijsko i invalidsko osiguranje“. Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1341/93. Nav. prema: Dragoljub Simonović, *Radnopravna čitanka*, knjiga druga, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 138.

osposobljavanju i usavršavanju, radnoangažovano lice ima pravo i na odgovarajuću naknadu za izvršeni rad, koja nema karakter zarade.⁸ Međutim, lica angažovana na osnovu ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, ne uživaju značajan broj prava, koja se garantuju zaposlenima u standardnom radnom odnosu.⁹ Između ostalog, na njih se ni primenjuju odredbe o minimalnoj ceni rada, kao ni odredbe kojima se uređuje zaštita od nezakonitog prestanka radnog odnosa.¹⁰ Sledstveno tome, a kako to navodi profesorka Kovačević, nove forme rada, u koje se grupišu i ugovori kojima se ne zasniva radni odnos, „neretko prate rizici legislativne nesigurnosti i neodređenosti uslova rada“.¹¹

Kako bi se obezbedio odgovarajući nivo zaštite angažovanih lica, valja imati u vidu da su za neke od ovih ugovora Zakonom o radu utvrđena pravila koja su specifična u odnosu na odgovarajuće odredbe Zakona o obligacionom odnosima, čime zakonodavac zapravo onemogućava poslodavce da, radi izbegavanja obaveza i troškova koja prate zasnivanja radnog odnosa, zaključuju ugovor kojim se ne zasniva radni odnos i u onim slučajevima kada za to ne postoji odgovarajuće opravdanje.¹² Prema profesoru Šunderiću i profesorki Kovačević „time se stvara prepreka za angažovanje lica za obavljanje poslova iz delatnosti poslodavca za kojima postoji stalna ili trajnija potreba, koja opravdava zasnivanje radnog odnosa“.¹³ Uprkos tome, u praksi se često događaju zloupotrebe od strane poslodavca, usled kojih lica angažovana na osnovu nekog od ovih ugovora obavljaju rad koji ima sve karakteristike rada u okviru standardnog radnog odnosa. Kao dodatni problem, koji se pojavljuje u praksi, a koji posebno ističe profesor Lubarda jeste to da „odredbe domaćeg Zakona o radu pate od pravnih praznina, odsustva koncepcije u pogledu primene odredbi radnog zakonodavstva, sa mogućnošću zloupotrebe zaključivanja ovih ugovora umesto ugovora o radu kojima se zasniva radni odnos“.

⁸ Kada je u pitanju ugovor o stručnom osposobljavanju i usavršavanju, Zakonom o radu se predviđa samo mogućnost da poslodavac licu na stručnom osposobljavanju ili usavršavanju obezbedi novčanu naknadu, koja se ne smatra zaradom. Zakon o radu, čl. 201, st. 3-4.

⁹ Nicola Countouris, „The Employment Relationship: a Comparative Analyses of National Judicial Approaches“, *The Employment Relationship, A Comparative Overview* (ur. Giuseppe Casale), Hart Publishing, International Labour Office, Geneva, 2011, 46.

¹⁰ Opširnije kod: Hugh Collins, „Contactual Autonomy“, *The Autonomy of Labour Law*, (ur. Alan Bogg, Cathryn Costello, ACL Davies, Jeremias Prassl), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 59-60.

¹¹ Lj. Kovačević, *op. cit.*, 91.

¹² Borivoje Šunderić, Ljubinka Kovačević, *Radno pravo*, priručnici za polaganje pravosudnog ispita, knjiga 11, Službeni glasnik, Beograd, 2017, 480.

¹³ *Ibidem*.

Kao osnovni problem javlja se to što se ne vidi jasan razlog za uključivanje određenih ugovora u ugovore radnog prava, jer se, kao što je prethodno utvrđeno, na lica angažovana na osnovu ovih ugovora ne primenjuju odredbe radnog i socijalnog zakonodavstva, ali ni odredbe sadržane u kolektivnim ugovorima o radu.¹⁴ Kao posledica sve češćeg angažovanja radnika na osnovu ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, rasprostranjeno je mišljenje među autorima da se radno pravo nalazi u krizi i da je neophodno preispitati neke od osnovnih koncepcija, na kojima je izgrađena ova grana prava.¹⁵ Uz to, pravne praznine u domaćem zakonodavstvu, koje se ogledaju u nedovoljnoj uređenosti ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, dovode do zloupotreba od strane poslodavaca.

Posebno su česte zloupotrebe u pogledu obavljanja rada na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima, te će stoga i pravna priroda ovog ugovora biti predmet posebne analize u nastavku rada. U vezi sa tim, posebno će biti sagledan dinamičan razvoj domaće sudske prakse, uz kritički osvrt, kako na samu dinamiku, tako i na sve faze tog razvoja, a koji se kretao od *a priori* zabrane ove promene pravne forme obavljanja podređenog rada do dozvoljavanja, pod određenim uslovima, preobražaja rada van radnog odnosa u pravnu formu rada u radnom odnosu, pri čemu je bitno istaći da je upravo prepoznavanje zloupotreba instituta rada van radnog odnosa od strane poslodavca bio razlog za reakciju domaćeg radnog sudstva. Takođe, kako bi se potvrdili stavovi sudske prakse, koji će biti analizirani u drugom delu rada, naročita pažnja biće posvećena institutu preobražaja radnog odnosa, koji se našim pozitivnim radnim zakonodavstvom predviđa u okviru odredbi kojima se uređuje ugovor o radu na određeno vreme.

UGOVORI O PRIVREMENIM I POVREMENIM POSLOVIMA

Kao što je prethodno navedeno, naš zakonodavac eksplicitno je predvideo mogućnost zaključivanja ugovora o privremenim i povremenim poslovima, koji spada u grupu ugovora regulisanim Zakonom o radu, a kojima se na zasniva

¹⁴ Branko Lubarda, *Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 358.

¹⁵ Opširnije kod: Guy Davidov, Brian Langille, „Introduction: Goals and Means in the Regulation of work“, *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, (ur. Gay Davidov, Brian Langille), International Institute for Labour Studies, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 3-6; Simon Deakin, „The Comparative Evolution of the Employment Relationship“, *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, (ur. Gay Davidov, Brian Langille), International Institute for Labour Studies, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 90; Harry Arthurs, „Labour Law After Labour“, *The Idea of Labour Law*, (ur. Guy Davidov, Brian Langille), Oxford University Press, Oxford, 2011, 13-29.

radni odnos. U pitanju su ugovori, koji su po svojoj prirodi takvi da ne mogu trajati duže od 120 radnih dana u jednoj kalendarskoj godini.¹⁶ Poslodavac ovaj ugovor može zaključiti sa nezaposlenim licem, zaposlenim koji radi nepuno radno vreme – do punog radnog vremena, korisnikom starosne penzije i licem koje je član omladinske ili studentske zadruge, a u skladu sa propisima o zadrugama.¹⁷

Većina autora smatra da je ova ugovorna forma najbliža radnom odnosu, iz razloga što je predmet ovog ugovora obavljanje određenih poslova, odnosno vršenje živog i tekućeg rada, te i prava i obaveza po tom osnovu.¹⁸ Poslovi, koji se obavljaju na osnovu ovog ugovora jesu oni poslovi, koji se s obzirom na sam proces rada ne obavljaju kao stalan ili neprekidan rad, već traju kraći vremenski period, ili se pak obavljaju sa vremena na vreme, a shodno potrebama poslodavca.¹⁹ Takođe, reč je o poslovima koji su u najvećem broju slučajeva vezani za delatnost poslodavca, ali isto tako je moguće da budu i izvan delatnosti poslodavca.²⁰ Valja napomenuti da poslovi koji se obavljaju za poslodavca na osnovu ove vrste ugovora nisu predviđeni pravilnikom o sistematizaciji i organizaciji poslova.²¹ Ono što je nesporno jeste da je osnovna karakteristika ovog ugovora ta da se ovaj ugovor zaključuje radi zadovoljenja privremenih i povremenih potreba poslodavca za radom drugog lica, zbog čega se i ovaj ugovor isključivo može zaključiti samo onda kada postoji potreba da se ograniči period radnog angažovanja.²² To je veruje se i osnovni razlog zbog kojeg se ovaj ugovor svrstava u grupu ugovora, kojima se ne zasniva radni odnos.

Profesor Lubarda opravdano tvrdi da je „privremeni rad tradicionalno više zastupljen u anglosaksonskom nego u evropskokontinentalnom radnopravnom sistemu, s tim da je u poslednje dve decenije XX veka izražena tendencija širenja domena primene privremenog rada, kao i produženje njegovog maksimalnog

¹⁶ Zakon o radu, čl. 197, st. 1.

Valja napomenuti da je Zakonom o radu iz 2001. godine bilo predviđeno da ugovor o privremenim i povremenim poslovima može trajati najduže 180 radnih dana u kalendarskoj godini. Takođe, ovaj propis sadržao je i odredbu o sankcionisanju poslodavca koji ne zaključi ugovor o privremenim i povremenim poslovima, te je za takav propust bila propisana oštra sankcija, koja se ogledala u tome da je inspektor rada bio obavezan da zabrani obavljanje delatnosti poslodavcu koji ne zaključi ovaj ugovor. Zakon o radu (2001), *Službeni glasnik RS*, br. 70/2001 i 73/2001 – ispr., član 124; D. Simonović, op. cit., 135.

¹⁷ Zakon o radu, čl. 197-198.

¹⁸ P. Jovanović, op. cit., 179.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*, 179-180.

²¹ R. Brković, B. Urdarević, op. cit., 99.

²² B. Šunderić, Lj. Kovačević, op. cit., 481.

trajanja, u funkciji veće fleksibilnosti zapošljavanja i radnog angažovanja²³. Uz to, veliki broj autora se zalaže za jasno razgraničenje između ugovora o privremenim i ugovora o povremenim poslovima, ošto kritikujući važeće zakonsko rešenje.²⁴ Privremeni poslovi su po svojoj prirodi kontinuirani i kratkotrajni, dok se povremeni poslovi vrše sa prekidima, odnosno s vremena na vreme, a ne u kontinuitetu.²⁵ Bez obzira na navedenu podelu, veoma je važno napraviti jasnu razliku između poslova koji su po svojoj prirodi privremeni ili povremeni i poslova, koji su po svojoj prirodi stalni. Takvo jasno razgraničenje dosta bi doprinelo određenim razjašnjenjima, a prilikom utvrđivanja zloupotreba od strane poslodavca. Navedeno je u pojedinim situacijama bilo utvrđeno i u sudskoj praksi domaćih sudova, te je tako ustanovljeno da su „poslovi vozača-instruktora po svojoj prirodi stalni poslovi, te poslodavac za njih ne može angažovati radnika po osnovu ugovora o privremenim, odnosno povremenim poslovima“.²⁶

Kako bi se izbegle dalje zloupotrebe od strane poslodavaca, valjalo bi u okviru nekih budućih izmena i dopuna Zakona o radu, precizirati, kao što je to slučaj kod ugovora o radu na određeno vreme, kada i u kojim se situacijama može zaključiti ugovor o privremenim i povremenim poslovima. Navedeno rešenje ne bi predstavljalo novinu u našem zakonodavstvu, jer je propisima socijalističke Jugoslavije, između ostalog, i Zakonom o radnim odnosima iz 1984, bilo precizno utvrđeno, metodom enumeracije, sedam grupa poslova koji se mogu obavljati na osnovu ugovora o privremenim poslovima.²⁷ Utvrđivanje poslova, koji se mogu obavljati

²³ B. Lubarda, *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 130.

²⁴ Simonović podseća da u „našoj starijoj radnoj legislativi ova greška nije postojala, već je stajao naziv privremeni ili povremeni poslovi, a što je pravno-jezički ispravno, s obzirom da su u pitanju dve različite vrste poslova“. Nav. prema: D. Simonović, op. cit., 129.

²⁵ B. Lubarda (2015), op. cit., 132–133.

²⁶ Odluka Osnovnog suda udruženog rada u Valjevu, RO. 645/85, nav. prema: D. Simonović, op. cit., 137.

²⁷ Kako Simonović to navodi, to su bili: „1) akviziterski i inkasantski poslovi, ako se povremeno obavljaju; 2) kratkotrajno dnevno osmatranje i merenje na terenskim stanicama u meteorologiji i hidrologiji i vršenje poslova strelaca u protovigradnim stanicama za vreme sezone protivgradne zaštite; 3) povremeni pomoćni poslovi na terenskim radovima u geodetskoj delatnosti i geološkim, arheološkim, pedološkim i sličnim istraživanjima; 4) povremeno izvođenje kulturno-umetničkog i zabavnog programa; 5) sezonska prodaja poljoprivredno-prehrambenih proizvoda, napitaka, sladoleda i slično, kao i prodaja predmeta domaće radinosti, suvenira i drugih predmeta turističkog karaktera, ako se vrši na privremenim prodajnim mestima; 6) vršenje poslova koji po svojoj prirodi, odnosno organizaciji rada ne mogu da se obavljaju svakodnevno; 7) privremeno ili povremeno obavljanje poslova u šumarstvu i poljoprivredi“. Nav. prema: D. Simonović, op. cit., 133.

na osnovu ugovora o privremenim, odnosno povremenim poslovima, nije nužno urediti zakonom, ali je moguće isto učiniti podzakonskim opštim aktima. Time bi se smanjio broj mogućih nezakonitih radnji poslodavaca prilikom angažovanja lica na osnovu ove vrste ugovora, a samim tim bilo bi i manje sporova, pred sudovima, za utvrđivanje radnog odnosa.

PREOBRAŽAJ RADNOG ODNOSA NA ODREĐENO VREME U RADNI ODNOS NA NEODREĐENO VREME

Institut preobražaja radnog odnosa ima dugu tradiciju u domaćem zakonodavstvu. Zakonom o radnim odnosima Srbije iz 1977. godine, bilo je predviđeno da će radni odnos zasnovan na određeno vreme van zakonom propisanih slučajeva biti smatran radnim odnosom na neodređeno vreme.²⁸ Međutim, valja imati u vidu da se ovaj institut isključivo vezuje za ugovor o radu na određeno vreme, koji prema domaćim propisima najduže može trajati dve godine, i da propisima nisu utvrđene situacije preobražaja nekog od ugovora kojima se ne zasniva radni odnos u ugovor o radu na neodređeno vreme. Kao osnovno obeležje ugovora o radu na određeno vreme, koji su poslednjih decenija u ekspanziji, izdvaja se unapred utvrđeno trajanje, zbog čega se ovaj ugovor i zaključuje samo onda kada po prirodi stvari postoji opravdana potreba da se ograniči period njegovog važenja.²⁹ Takođe, Zakonom o radu se jasno predviđa da se ugovor o radu može zaključiti na određeno vreme, za zasnivanje radnog odnosa čije je trajanje unapred određeno objektivnim razlozima koji su opravdani rokom ili izvršenjem određenog posla ili nastupanjem određenog događaja, za vreme trajanja tih potreba.³⁰ Stoga profesor Šunderić i profesorka Kovačević osnovano tvrde da je „zaključenje ovog ugovora opravdano prihvatljivo samo kao odgovor na specifične i privremene potrebe poslodavca i zaposlenog, a ne i kao način za stvaranje nekakve druge klase radnika kojima bi bilo dugoročno uskraćeno stabilno zaposlenje“.³¹

Važećim Zakonom o radu predviđa se da „ako je ugovor o radu na određeno vreme zaključen suprotno odredbama Zakona o radu ili ako zaposleni ostane da radi kod poslodavca najmanje pet radnih dana po isteku vremena za koje je ugovor zaključen, smatra se da je radni odnos zasnovan na neodređeno vreme“.³²

²⁸ *Ibidem.*, 134.

²⁹ B. Šunderić, Lj. Kovačević, op. cit., 162-163.

³⁰ Zakon o radu, čl. 37, st. 1.

³¹ B. Šunderić, Lj. Kovačević, op. cit., 163.

³² Zakon o radu, čl. 37, st. 6.

Prema Ivoševiću, do preobražaja radnog odnosa na određeno vreme u radni odnos na neodređeno vreme dolazi putem pravne fikcije ili pravne promene.³³ Do pravne fikcije dolazi kada je radni odnos na određeno vreme zasnovan van onih slučajeva kada je na osnovu Zakona moguće zasnovati radni odnos na određeno vreme, a do pravne promene dolazi onda kada zaposleni nastavi da radi najmanje pet radnih dana po isteku vremena na koje je ugovor o radu na određeno vreme zaključen.³⁴ U teoriji je utvrđeno da radni odnos na određeno vreme predstavlja izuzetak od pravila, a to je zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme, te kada zaposleni zaključi ugovor o radu na određeno vreme, a navedeno nije u skladu sa odredbama Zakona o radu, kojima se uređuje radni odnos na određeno vreme, smatraće se da radni odnos na neodređeno vreme postoji još od trenutka stupanja zaposlenog na rad po ugovoru o radu koji je zaključen na određeno vreme.³⁵ U pogledu situacije, kada dolazi do pravne promene, a usled nastavka rada zaposlenog, po isteku roka na koji je ugovor o radu na određeno vreme zaključen, poslodavac ovu promenu radnog odnosa ne može osporavati i ona uživa sudsku zaštitu, kada sud sudi po principu pune jurisdikcije.³⁶

Navedeno je potvrđeno i u sudskoj praksi domaćih sudova. Tako je odlukom Vrhovnog suda Srbije iz 2002. utvrđeno da se „radni odnos na određeno vreme preobražava u radni odnos na neodređeno vreme ako poslovi privremenog karaktera, zbog kojih je radnik primljen, postanu trajni, bez obzira na to da li je za te poslove predviđeno posebno radno mesto“.³⁷ Takođe, u odluci Suda udruženog rada Srbije iz 1980, ustanovljeno je da „s obzirom na to da je radni odnos na određeno vreme trajao duže od šest meseci, što je (tada bilo) protivno zakonu, smatra se da je privremeno povećanje obima posla postalo trajno, te je samim tim i radni odnos na određeno vreme od devet meseci preobražen u radni odnos na neodređeno vreme“.³⁸

Slične odredbe, koje se odnose na preobražaj radnog odnosa, uočavaju se i u propisima država nastalih na prostoru SFRJ. U crnogorskom zakonodavstvu, gde se ugovor o radu na određeno vreme može zaključiti na najviše 36 meseci, predviđa se da ako je ugovor o radu na određeno vreme zaključen suprotno odredbama

³³ Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, 116-117.

³⁴ *Ibidem.*, 117.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ P. Jovanović, op. cit., 201.

³⁷ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1062/2002. Nav. prema: Dragoljub Simonović, *Radno-pravna čitanka*, knjiga prva, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 139.

³⁸ Odluka Suda udruženog rada Srbije, br. 6002/80. Nav. prema: D. Simonović, *Ibidem.*, 136.

Zakona o radu, ili ako zaposleni nastavi da radi kod poslodavca nakon isteka roka na koji je zaključio ugovor o radu smatra se da je zasnovaio radni odnos na određeno vreme.³⁹ Uz to, utvrđuje se i obaveza poslodavca da u roku od pet dana od dana kada je utvrđena nepravilnost, odnosno od kada je istekao prethodni ugovor o radu sa zaposlenim zaključio ugovor o radu na neodređeno vreme. Interesantno je da, se institut preobražaja, odnosno transformacije, kako ga određuje crnogorski zakonodavac, predviđa i u situaciji kada se sporazum o ustupanju zaposlenog zaključio suprotno zakonu.⁴⁰ Međutim, kao ni u srpskom zakonodavstvu nije predviđena mogućnost preobražaja, ako je ugovor o privremenim i povremenim poslovima, koji je i u pravu Crne Gore određen kao poseban ugovor kojim se ne zasniva radni odnos, zaključen suprotno svojoj osnovnoj nameni, a to je obavljanje privremenog, odnosno povremenog rada za poslodavca u kraćem vremenskom periodu, koji, kao što je utvrđeno, ne može biti duži od 120 radnih dana tokom jedne kalendarske godine. I hrvatski Zakon o radu predviđa da se ugovor o radu na određeno vreme može zaključiti za period koji ne može biti duži od tri godine, kao i da ako je ugovor zaključen suprotno odredbama Zakona o radu ili ako radnik nastavi da radi kod poslodavca i nakon isteka vremena za koje je ugovor zaključen, smatraće se da je ugovor zaključen na neodređeno vreme.⁴¹ Uočava se da je prema propisima Republike Hrvatske dovoljno da zaposleni nastavi sa radom i jedan dan po isteku roka na koji je zaključen ugovor o radu na određeno vreme, pa da dođe do preobražaja radnog odnosa.

U hrvatskom zakonodavstvu, a po ugledu na propise iz perioda socijalističke Jugoslavije, i dalje se predviđa mogućnost zaključivanja ugovora o radu za stalne sezonske poslove.⁴² U pitanju je ugovor koji se zaključuje na određeno vreme sa poslodavcem koji pretežno posluje sezonski.⁴³ Međutim, ako se dogodi da se zaključi ova vrsta ugovora o radu, a poslodavac ne posluje sezonski, smatraće se da je ovaj ugovor zaključen suprotno zakonu, te će doći do preobražaja radnog odnosa

³⁹ Zakon o radu Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 74/2019 i 8/2021, čl. 38, st. 1.

⁴⁰ Zakon o radu Crne Gore, čl. 38, st. 2.

⁴¹ Zakon o radu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17 i 98/19, čl. 12, st. 3. i 7.

⁴² Prema Tintiću, „rad sezonskih radnika, po pravilu, u svim se zemljama smatra radnim odnosom na određeno vreme, odnosno privremenim radnim odnosom“. Isti autor pravi razgraničenje između sezonskih poslova i povremenih poslova, za koje je tvrdio da se usled nepostojanja bitnih elemenata radnog odnosa, na ovaj oblik rada ne primenjuje u većini zemalja režim radnih odnosa. Opširnije kod: Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva: radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969, 416-418.

⁴³ Prema Grgurevoj, u Hrvatskoj je mali broj radnika sa sklopljenim ugovorom o radu na određeno vreme za stalne sezonske poslove. Ivana Grgurev, „Ugovor o radu“, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, (ur. Željko Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, Zagreb, 2007, 31-32.

u radni odnos na neodređeno vreme.⁴⁴ Iako se u pravu Republike Hrvatske ugovor o radu za stalne sezonske poslove, koji najviše naliči ugovoru o privremenim poslovima predviđenim domaćim propisima, svrstava u ugovore na osnovu kojih se zasniva radni odnos, valjalo bi navedena pravila implementirati i u odredbe Zakona o radu Republike Srbije, a kada se utvrde zloupotrebe prilikom zaključivanja ugovora o privremenim i povremenim poslovima.

PREOBRAŽAJ RADA VAN RADNOG ODNOSA U SUDSKOJ PRAKSI DOMAĆIH SUDOVA

Domaća sudska praksa u pogledu pravnog pitanja preobražaja rada van radnog odnosa u oblik rada u radnom odnosu, prema odredbama Zakon o radu od 2005. godine, se menjala i dalje se menja, čemu se *a priori*, bez dublje analize razloga i obrazloženja za promene u odlučivanju radnog sudstva po tom pitanju, može uputiti kritika, s obzirom da česte izmene stavova sudske prakse po prirodi stvari dovode do pravne nesigurnosti. U vezi sa tim, nesporno je da je pravna nesigurnost generalno nepoželjna u svakom društvu, u svakoj vrsti pravnog odnosa i u svakoj vrsti spora, ali treba naglasiti da je pravna nesigurnost posebno štetna u sporovima iz radnog odnosa u posttranzicionom društvu, kao što je naše. U takvom društvu socijalni dijalog je nerazvijen, a radni sporovi povodom postojanja, preobražaja i prestanka radnog odnosa česti, pa su sudovi ti koji *de facto* određuju dozvoljene načine ponašanja učesnika u proizvodnom procesu, a kada se ta pravila ponašanja često menjaju to ima izrazito negativan efekat i na radnike, koji se dovode u stanje neizvesnosti u pogledu svog socijalnog statusa, jer ne znaju da li imaju pravo na stalno zaposlenje i posledičnu socijalnu sigurnost, ali i na poslodavce, koji su nesigurni zbog nelojalne konkurencije, koja *do juče* kršeći zabranjene oblike poslovanja, *danās i sutra* ostvaruje ekstraprofit, pa se privredna aktivnost dobronamernih poslodavaca pokazuje kao ekonomski neisplativa.

Razvoj sudske prakse u pogledu preobražaja rada van radnog odnosa u oblik rada u okviru standardnog radnog odnosa, kako je rečeno prema odredbama Zakon o radu od 2005. godine, može se načelno podeliti u tri faze. Prvobitno stanovište je bilo da radnik koji radi za poslodavca van radnog odnosa, npr. obavlja rad po osnovu

⁴⁴ Iris Gović, Dušanka Marinković Drača, *Ugovor o radu*, Tim press d.o.o., Zagreb, 2005, 17.

Navedeno je bilo potvrđeno i u odluci Suda udruženog rada Srbije, u kojoj se navodi da „radnik koji zasnjuje radni odnos na određeno vreme radi obavljanja sezonskog posla, smatra se da je zasnovao radni odnos na neodređeno vreme ako je posle isteka roka tog posla vremenski nastavio da radi na istim poslovima“. Odluka Suda udruženog rada Srbije, br. 6587/82. Nav. prema: D. Simonović, *Radnopravna čitanka*, knjiga prva, op. cit., 136.

ugovora o privremenim i povremenim poslovima, ne može steći svojstvo zaposlenog lica ni pod kojim uslovima i to kako u privatnom sektoru, tako ni u javnom sektoru. Ovaj stav sudske prakse je bio na snazi duže od jedne decenije.⁴⁵ Sredinom druge dekade dvadeset prvog veka shvatanje domaćeg radnog sudstva se promenilo, u smislu da je pod određenim uslovima dopušten preobražaj rada van radnog odnosa u pravnu formu rada u radnom odnosu i to kako bi se sprečile zloupotrebe instituta rada van radnog odnosa od strane poslodavaca. Međutim, ubrzo nakon toga, krajem druge dekade dvadeset prvog veka, takvo zaštitno rezonovanje radnog sudstva je značajno ublaženo u korist poslodavaca, odnosno na štetu radnika, u javnom sektoru.

Naime, dugo je stav sudske prakse bio i to pre svega stav Vrhovnog kasacionog suda (do 2010. godine Vrhovnog suda Srbije)⁴⁶, kao najviše sudske instance u nas, da bez obzira što radnik za poslodavca kontinuirano u višegodišnjem periodu obavlja podređeni rad, ukoliko taj radnik nema zaključen ugovor o radu, već neki od ugovora na osnovu kojih se obavlja rad van radnog odnosa, takav radnik ni pod kojim uslovima ne može steći svojstvo zaposlenog lica. Ovakvo pravno stanovište je bilo očigledno nepravedno prema ekonomski slabijoj strani u proizvodnom procesu i dopuštalo je neprihvatljiv stepen socijalne nesigurnosti radnika na podređenom radu koji nije imao zaključen ugovor, jer je taj radnik obavljao isti rad kao i stalno zaposleni kod poslodavca, ali nije bio izjednačen u pravima po osnovu rada sa radnicima u radnom odnosu. Takođe, jedna od posledica je bilo i to da je u našim industrijskim odnosima došlo do masovne zloupotrebe prava radnika od strane poslodavaca, putem radnog angažovanja *čitavih vojski radnika*⁴⁷ za rad van radnog odnosa i to najčešće kontinuiranim zaključivanjem ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova ili eventualno ugovora o delu, na koji način su radnici u višegodišnjim periodima faktički obavljali podređeni rad za poslodavca, a da nisu imali prava koja proizlaze iz radnog odnosa. Takva loša industrijska praksa nanosila je značajnu materijalnu štetu i to ne samo radnicima, već i državi, kao i ustanovama socijalnog osiguranja, s obzirom da su na najamanine prekarnih radnika

⁴⁵ Ovaj stav je bio prisutan i u socijalističkoj Jugoslaviji, što se potvrđuje iz sudske prakse Suda udruženog rada Vojvodine iz 1981. godine, u čijoj je odluci bilo predviđeno da se „ne može utvrditi postojanje radnog odnosa radniku koji je obavljao rad na osnovu ugovora o obavljanju privremenih, odnosno povremenih poslova, bez obzira na vremensko trajanje tog rada, jer za to nema zakonskog osnova“. Odluka Suda udruženog rada Vojvodine, ŠZ. 1131/84. Nav. prema: D. Simonović, *Radnopravna čitanka*, knjiga druga, op. cit., 137.

⁴⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev2.1969/2007 od 27.12.2007; Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2.1153/2012 od 27.02.2013.

⁴⁷ Opšte je poznata činjenica na teritoriji Republike Srbije da je u velikim preduzećima u višegodišnjim periodima u kontinuitetu bilo radno angažovano i po nekoliko stotina radnika po osnovu ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova.

uplaćivani značajno niži iznosi poreza i doprinosa od strane zlonamernih poslodavaca, što i jeste bio jedan od *raison d'etre* čitavog koncepta zloupotrebe prava.

Uvidevši ovako veliki problem u društvenim odnosima povodom rada, domaće radno sudstvo je sredinom druge dekade dvadeset prvog veka reagovalo na taj način što je promenilo sudsku praksu u pogledu ovog pravnog pitanja, zauzevši stav da je pod određenim uslovima dopušteno prerastanje rada van radnog odnosa u rad u formi standardnog radnog odnosa. Naime, tada su domaći sudovi zauzeli suprotno pravno stanovište i to da pravnu prirodu ugovora ne određuje njegov naziv, već suština pravnog odnosa koji je njime zasnovan, tako da u situaciji kada između zaključenih ugovora stranaka radnog odnosa nema faktičke razlike, takvi ugovori se imaju smatrati kao jedan, jer bi se u suprotnom, ako bi se u slučaju obavljanja istovrsnih poslova kod istog poslodavca u kontinuitetu svaki ugovor tretirao kao poseban ugovor, omogućila zloupotreba prava iz člana 197 Zakona o radu. Odnosno sudovi su se izjasnili da kada poslodavac fiktivno otkazuje, tj. prekida ugovore o radu van radnog odnosa, on faktički pokušava da radni odnos zaposlenog predstavi kao rad van radnog odnosa, a koji zaposleni suštinski nema prekida u obavljanju podređenog rada za poslodavca i to na poslovima koji su trajni, kontinuirani i sistematizovani, odakle proizlazi da je zaključivanjem pojedinačnih ugovora o radu van radnog odnosa poslodavac zloupotrebio svoja prava, što je protivno odredbi člana 13 Zakona o obligacionim odnosima⁴⁸, čija norma zabranjuje vršenje prava protivno cilju zbog kojeg je ustanovljeno, pa sud takvom postupanju poslodavca ne može pružiti pravnu zaštitu.⁴⁹ Rečju, naše radno sudstvo je, nakon jedne decenije tolerisanja zloupotrebe instituta rada van radnog odnosa od strane poslodavaca, odlučilo da prekine takvu lošu industrijsku praksu i da pruži zaštitu slabijoj strani u proizvodnom procesu, radnicima, obezbeđujući na taj način minimalan nivo socijalne sigurnosti takvim prekarnim radnicima, usput štiteći i ustanove socijalnog osiguranja, pa i samu državu, obezbeđujući im veći priliv materijalnih sredstava po osnovu doprinosa i poreza na zaradu.

Međutim, iako je sudska praksa navedenim odlučivanjem belodano jasno razobličila opisano fraudolozno vršenje poslodavačkih ovlašćenja, Vrhovni kasacioni sud ubrzo nakon toga, već krajem druge dekade dvadeset prvog veka, donosi odluke kojima ograničava krug poslodavaca na koje se odnosi ova zabrana zloupotrebe prava iz radnog odnosa. Naime, najviša sudska instanca u nas zauzima pravno stanovište da *lex specialis* propisi i to pre svega Zakon o budžetskom sistemu⁵⁰

⁴⁸ *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/20.

⁴⁹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2.601/2015 od 27.12.2016.

⁵⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13 – ispr., 108/13, 142/14, 68/15 – dr. zakon, 103/15, 99/16, 113/17, 95/18, 31/19 i 72/19.

i Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru⁵¹ derogiraju zaštitne odredbe Zakona o radu o preobražaju rada van radnog odnosa u oblik rada u radnom odnosu, izjašnjavajući se da je tim posebnim propisima normirana zabrana zasnivanja radnog odnosa sa novim licima radi popunjavanja slobodnih, odnosno upražnjenih radnih mesta, kod direktnih i indirektnih korisnika sredstava budžeta Republike Srbije bez saglasnosti ministarstva finansija i vlade, te da bez takve saglasnosti sud ne može utvrditi prerastanja podređenog rada van radnog odnosa u oblik rada u radnom odnosu, bez obzira što su ispunjeni uslovi za to prema odredbama Zakon o radu.⁵² Rečju, Vrhovni kasacioni sud presuđuje da kod poslodavaca u javnom sektoru ne važe pravila zaštitnog radničkog zakonodavstva o vremenskim granicama obavljanja podređenog rada van radnog odnosa, npr. po osnovu ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova, pa posledično takav prekarni rad može trajati u nedogled, odnosno do eventualnog dobijanja saglasnosti vlade i ministarstva finansija.

ZAKLJUČAK

Nakon sprovedene analize, zaključuje se da je neophodno uspostaviti novi normativni okvir, a kada je u pitanju zakonsko regulisanje ugovora kojima se ne zasniva radni odnos. Posebno bi valjalo precizirati odredbe kojima se uređuje zaključivanje ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova, a kako bi se izbegle dalje zloupotrebe od strane poslodavca. Stoga je važno, kao što je to slučaj kod ugovora o radu na određeno vreme, precizno utvrditi kada i u kojim situacijama se može zaključiti ugovor o privremenim i povremenim poslovima. Takođe, po ugledu na rešenja iz socijalističke Jugoslavije, potrebno je zakonom ili pak podzakonskim opštim aktom, metodom enumeracije, precizno utvrditi, grupe poslova, koje se mogu obavljati na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima. Time bi se zasigurno rešile brojne nedoumice u praksi, a ujedno bi se umanjio i broj sporova pred domaćim sudovima, a povodom preobražaja ugovora o privremenim i povremenim poslovima u standardni radni odnos.

Prilikom zauzimanja vrednosnog stava prema sudskoj praksi domaćih sudova, posebno prema konačnom pravnom stanovištu Vrhovnog kasacionog suda, koje je očigledno na liniji uvažavanja potrebe izvršne vlasti za kontrolom broja javnih službenika, kao i zaštite legitimnog društvenog interesa za kontrolom javnih finansija, treba poći od toga da je glavni razlog za prethodno zauzimanje pravnog stanovišta

⁵¹ *Sl. glasnik RS*, br. 68/15, 81/16 – odluka US i 95/2018.

⁵² Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev2.3725/19 od 25.02.2021.

domaćeg radnog sudstva da je dopušten preobražaj rada van radnog odnosa u pravnu formu rada u radnom odnosu bilo sprečavanje mnogobrojnih zloupotreba instituta rada van radnog odnosa od strane poslodavaca. Kada se pođe od takvog prethodnog rezonovanja sudova, koje je u duhu prava na dostojanstven rad i dostojanstva na radu, postavlja se pitanje da li je potreba za kontrolom javnih finansija društveno prihvatljiv i opravdan razlog da se u javnom sektoru faktički dozvoli zloupotreba prava radnika u vidu mogućnosti neograničenog trajanja podređenog rada van radnog odnosa, ovo posebno u svetlu notorne činjenice da je u posmatranom periodu od donošenja Zakona o radu od 2005. godine pa nadalje najčešće takva fraudolozna praksa bila u javnom sektoru. Odgovor na ovo kompleksno pitanje, koje je prožeto sukobom interesa stranaka u radnom odnosu, po mišljenju autora ovog rada, jeste da kontrolu javnog sektora, tj. direktnih i indirektnih korisnika budžeta, između ostalog i u pogledu neopravdanog zapošljavanja i uvećavanja aparata javne uprave u najširem smislu reči, treba sprovoditi pravilnom primenom instrumenata upravnog prava i finansijskog prava, kao i kaznenog prava, a ne odustajanjem od primene ili ublažavanjem primene instrumenata zaštitnog radničkog zakonodavstva. Takvim pristupom, sa jedne strane, ne bi se obespravili prekarni radnici u javnom sektoru, a sa druge strane, doprinelo bi se uvođenju viših standarda u upravljanju javnim sektorom i sprečila neloyalna konkurencija između samih javnih preduzeća.

Dr. BOJAN BOŽOVIĆ

Judge of the Higher Court in Novi Sad

Dr. FILIP BOJIĆ

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Belgrade

DECISION-MAKING IN DISPUTES CONCERNING THE TRANSFORMATION
OF WORK OUTSIDE THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP INTO
A STANDARD EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE
JUDICIAL PRACTICE OF DOMESTIC COURTS

Summary

The topic of this paper is the transformation of work outside the employment relationship, primarily in the form of temporary and occasional jobs, into the form of work performed within the framework of a standard employment relationship. Bearing in mind that the authors in the work mostly deal with the issue of transformation of contracts on temporary and occasional jobs, the basic characteristics of this contract will be briefly pointed out, as well as the institute of transformation of a fixed-term employment relationship into an indefinite-term employment relationship. After the introductory theoretical considerations, presentation of the institutional framework in domestic and

comparative legal legislation, the decision-making of our working judiciary regarding this legal issue is analyzed. The dynamic development of domestic judicial practice is indicated, with a critical review, which ranged from an *a priori* prohibition of this change in the legal form of performing subordinate work to allowing, under certain conditions, the transformation of work outside the employment relationship into the legal form of work in the employment relationship. Finally, the authors present a value position regarding our legislative solutions and the legal standpoint of the domestic labor court from the aspect of the right to dignified work and dignity at work.

Key words: employment relationship, contracts on which the employment relationship is not based, temporary and occasional jobs, transformation of the employment relationship, judicial practice

Literatura

- Arthurs H., „Labour Law After Labour“, *The Idea of Labour Law*, (ur. Guy Davidov, Brian Langille), Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Brković R., Urdarević B., *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Casale G., „The Employment Relationship: A General Introduction“, *The Employment Relationship, A Comparative Overview*, (ur. Giuseppe Casale), Hart Publishing, International Labour Office, Geneva, 2011.
- Collins H., „Contactual Autonomy“, *The Autonomy of Labour Law*, (ur. Alan Bogg, Cathryn Costello, ACL Davies and Jeremias Prassl), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015.
- Countouris N., „The Employment Relationship: a Comparative Analyses of National Judicial Approaches“, *The Employment Relationship, A Comparative Overview*, (ur. Giuseppe Casale), Hart Publishing, International Labour Office, Geneva, 2011.
- Davidov G., Langille B., „Introduction: Goals and Means in the Regulation of work“, *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, (ur. Guy Davidov, Brian Langille), International Institute for Labour Studies, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- Deakin S., „The Comparative Evolution of the Employment Relationship“, *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, (ur. Guy Davidov, Brian Langille), International Institute for Labour Studies, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- Gović I., Marinković Drača D., *Ugovor o radu*, Tim press d.o.o., Zagreb, 2005.
- Grgurev I., „Ugovor o radu“, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, (ur. Željko Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, Zagreb, 2007.
- Ivošević Z., Ivošević M., *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Jovanović P., *Radno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2015.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Lubarda B., *Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.

- Lubarda B., *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Simonović D., *Radnopravna čitanka*, knjiga prva, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Simonović D., *Radnopravna čitanka*, knjiga druga, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Šunderić B., Kovačević Lj., *Radno pravo*, priručnici za polaganje pravosudnog ispita, knjiga 11, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Tintić N., *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva: radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MARIJA DRAGIĆEVIĆ

PROBLEM ODREĐIVANJA ODGOVORNOSTI ZA POTRAŽIVANJA ZAPOSLENIH DOSPELA PRE PROMENE POSLODAVCA U DOMAĆEM PRAVU

Po uzoru na evropske standarde zaštite prava zaposlenih, Zakon o radu Republike Srbije garantuje zaštitu zaposlenih u slučaju promene poslodavca, tako što, pored ostalog, previđa pravilo o ex lege prenosu prava i obaveza iz radnog odnosa sa poslodavca prethodnika na poslodavca slebdenika. Međutim, za razliku od većine država članica Evropske unije, domaći zakonodavac je propustio da eksplicitno uredi pitanje odgovornosti za potraživanja zaposlenih koja su dospela pre promene poslodavca, pa je navedeno pitanje u domaćoj sudskoj praksi izazvalo oprečne stavove i diferenciranu primenu prava, usled čega je i pravna sigurnost zaposlenih značajno narušena. Autor u radu, stoga, analizira u čemu se ogleda problem određivanja odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca u domaćem radnom pravu. U tom cilju, autor u prvom i drugom delu rada ukazuje na način uređenja pitanja odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca u pravu Evropske unije i njenih država članica, verujući da poznavanje evropskih standarda može pomoći boljem razumevanju i rešavanju problema određivanja predmetne odgovornosti koji postoji u domaćoj sudskoj praksi. U trećem delu rada, autor analizira domaće pravne norme i oprečne stavove domaće sudske prakse posvećene ovom pitanju, uz nastojanje da ponudi moguće pravce pravilnog razumevanja zakonskih odredbi, a time i načine otklanjanja problema različitog postupanja domaćih sudova u istim ili bitno istim činjeničnim situacijama.

Ključne reči: odgovornost, dospela potraživanja, promena poslodavca

Dr Marija Dragićević, docent, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, e-mail: marijad@prafak.ni.ac.rs.
Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj 451-03-68/2022-14/200120.

U V O D

Pravilo o *ex lege* prenosu prava i obaveza koje proizilaze iz radnog odnosa postojećeg na dan prenosa preduzeća sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika je najvažniji segment zaštite zaposlenih u slučaju promene poslodavca. Navedeno pravilo podrazumeva da lica koja su bila u radnom odnosu u trenutku promene poslodavca imaju prema poslodavcu sledbeniku ista ugovorna prava i obaveze koja su imali prema poslodavcu prethodniku. Ovaj vid pravnog sledbeništva ne zavisi od volje odnosnih subjekata, već nastaje neposredno na osnovu zakona. Stoga se od dana promene poslodavca, poslodavac sledbenik, po sili zakona, subrogira u sva prava i obaveze (iz radnog odnosa) svog pravnog prethodnika i postaje odgovoran za njihovo izvršenje. Ova odgovornost se odnosi prvenstveno na nove obaveze, odnosno obaveze nastale nakon promene poslodavca, kao i na „obaveze koje su nastale nakon promene poslodavca, ali se odnose na period zaposlenja kod poslodavca prethodnika, kao što je obaveza isplate trinaeste zarade“.¹ Međutim, promena poslodavca pokreće i jedno, ne manje važno pitanje – a to je pitanje odgovornosti za obaveze koje su nastale prema zaposlenima pre promene poslodavca, a koje poslodavac prethodnik nije izmirio. U tom smislu, važno je odrediti ko je odgovoran za ove obaveze, šta je osnov odgovornosti i o kojoj vrsti odgovornosti je reč.² Za razliku od prava Evropske unije i njenih država članica u kojima ovo pitanje nije privuklo značajnu pažnju pravnih pisaca, niti je bilo predmet većeg broja sudskih sporova, u domaćem radnom pravu je propuštanje zakonodavca da pitanje ovog vida pravne odgovornosti uredi na jasan i izričit način dovelo do oprečnih stavova sudija i različitih sudskih odluka u istim ili bitno istim činjenilnim situacijama, usled čega je pravna sigurnost zaposlenih značajno narušena. S obzirom na to da je domaći zakonodavac prihvatio deo pravnih tekovina Evropske unije u odnosu na zaštitu prava zaposlenih u slučaju promene poslodavca, razmatranje problema određivanja odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca koji postoji u domaćem pravu, otpočaćemo razmatranjem standarda Evropske unije i njenih država članica u ovoj oblasti, verujući da njihovo poznavanje može pomoći u boljem razumevanju i rešavanju domaćeg problema.

¹ Ljubinka Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, *Stakeholder Protection in Restructuring* (eds. Erica Kovács, Martin Winner), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 241.

² Marija Dragičević, „Odgovornost za dospela potraživanja iz radnog odnosa u slučaju promene poslodavca“, *Zbornik radova „Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme“*, tom 2, Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2017, 335.

ODGOVORNOST ZA POTRAŽIVANJA ZAPOSLENIH DOSPELA
PRE PROMENE POSLODAVCA U PRAVU EU

Uređivanje socijalnih implikacija prenosa preduzeća je pitanje koje je sa velikim poteškoćama ušlo u evropsko radno zakonodavstvo, ali je vremenom postalo jedno od najznačajnijih, ali i najkontroverznijih pitanja o kojem se (sve više) raspravlja u radnom pravu Evropske unije. Budući da prenos preduzeća sa jednog poslodavca na drugog nije mogao da se postigne zanemarivanjem ljudskog kapitala, evropski zakonodavac je uspostavio pravni okvir koji osigurava zaštitu prava zaposlenih u slučaju promene poslodavca. Ovaj okvir sadržan je u Direktivi o približavanju prava država članica u odnosu na zaštitu prava zaposlenih kod prenosa preduzeća, posla ili delova preduzeća ili posla 2001/23/EZ³ (dalje u tekstu Direktiva 2001/23/EZ), koja datira iz 1977. godine,⁴ a izmenjena verzija iz 1998.⁵ godine. Centralni instrument i prvi stub zaštite prava zaposlenih na kome se temelji navedena Direktiva je pravilo o *ex lege* prenosu prava i obaveza iz radnog odnosa sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika. Prema odredbi člana 3(1), podstav 1 Direktive 2001/23/EZ, „prava i obaveze poslodavca prethodnika, koja na dan prenosa proizilaze iz postojećeg ugovora o radu ili radnog odnosa, na temelju takvog prenosa prenose se na poslodavca sledbenika“. Ovo pravilo o kontinuitetu radnog odnosa inspirisano je idejom „pravnog nasleđa“, odnosno „univerzalne sukcesije“ koja je vekovima poznata građanskom i privrednom pravu.⁶ Primenjen na slučaj promene poslodavca ovaj vid pravnog sledbeništva znači, pre svega, da se skup prava i obaveza koji proizilaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa prenosi na poslodavca sledbenika kao celina (*en bloc*), a ne pojedinačno. Do ovog prenosa ne dolazi voljom poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika, već sva prava

³ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or business or parts of undertakings or businesses, *Official Journal*, L 82, 22. 3. 2001, 16–20. Nadalje: Direktiva 2001/23/EZ.

⁴ Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal of the European Communities*, L 61, 5.3.1977, 26–28).

⁵ Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*Official Journal* L 201, 17.7.1998, 88–92).

⁶ Todor Kalamatiev, Aleksandar Ristovski, „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, *Stakeholder Protection in Restructuring* (eds Erica Kovács, Martin Winner), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 277.

i obaveze koje postoje na dan promene prelaze sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika po sili zakona (*ipso iure*). Dakle, prenošenje prava i obaveza koji proizilaze iz radnog odnosa nije zavisno od volje, pa čak ni svesti (znanja) učestvujućih subjekata, već nastupa automatski, čim se steknu propisani uslovi.⁷

Jedino odstupanje od navedenog pravila koje je dopušteno odredbama člana 3(1), podstava 2 predmetne Direktive je mogućnost ostavljena državama članicama da „mogu odrediti da su od dana prenosa poslodavac prethodnik i poslodavac sledbenik solidarno odgovorni u pogledu obaveza koje su nastale pre dana prenosa na temelju ugovora o radu ili radnog odnosa koji je postojao na dan prenosa“.

Analiza navedenog člana i, naročito, odnos između njegovog prvog i drugog podstava pokazuju da prenos preduzeća podrazumeva *ex lege* prenos prava i obaveza iz ugovora o radu ili radnog odnosa sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika. Dakle, prenos svih prava i obaveza nastupa automatski, tj. prinudno, i ne može da se izbegne. „Štaviše, kada univerzalna sukcesija nastupi, ona više ne može da se opozove, otkáže ili vrati u pređašnje stanje“,⁸ čak i kada bi to poslodavac prethodnik i poslodavac sledbenik želeli. Stoga se danom prenosa preduzeća sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika prenose sva prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, pa i obaveze koje su nastale pre prenosa preduzeća, a koje poslodavac sledbenik nije izmirio. Međutim, pravilo o automatskom prenosu podleže pravu država članica da obezbede solidarnu odgovornost poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika posle dana prenosa preduzeća, i to samo za obaveze koje su nastale pre dana prenosa. Sledi da se, osim ako države članice ne iskoriste ovu mogućnost, poslodavac prethodnik nakon prenosa oslobađa svih svojih obaveza i odgovornosti koje proizilaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa, uključujući i odgovornost sa potraživanja koja su nastala pre promene, a koja poslodavac prethodnik nije izmirio.⁹

Ovakvo razumevanje relevantnih odredaba Direktive 2001/23/EZ potvrđuje i Sud pravde Evropske unije koji je u slučaju *Berg*¹⁰ jasno stavio do znanja da se pravno

⁷ V. više: M. Dragičević, „Pravni položaj zaposlenih u slučaju promene poslodavca“, neobjavljena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2022, 354–358.

⁸ Mirjana Radović, „Univerzalna sukcesija kod statusnih promena privrednih društava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 1, 2018, 130.

⁹ Roger Blanpain, *European Labour Law*, 12th revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2010, 724.

¹⁰ Presuda u združenim predmetima br. C-144/187 i 145/87 (*Harry Berg v. Ivo Martín Besselsen* (Case 144/87) and *Johannes Theodoras Maria Busschers v. Ivo Martin Besselsen* (Case 145/87) od 5. maja 1988. godine *European Court Reports*, 1988, 236. Nadalje: Presuda u združenim predmetima br. C-144/187 i 145/87.

dejstvo odredbe člana 3(1) Direktive 2001/23/EZ sastoji u oslobađanju poslodavca prethodnika svih njegovih obaveza koje proističu iz ugovora o radu, i to od dana prenosa preduzeća. U navedenom slučaju, zaposleni su se usprotivili prenosu određenih ugovornih potraživanja koje je poslodavac prethodnik imao prema njima pre prenosa ugovora o radu, iako se nisu protivili prenošenju samog ugovora o radu. Prema njihovom mišljenju, poslodavac prethodnik ne može biti oslobođen svojih obaveza prema ugovoru o radu ako zaposleni ne pristanu na to. Takav stav, smatraju, sledi iz cilja Direktive 2001/23/EZ koja nastoji da obezbedi da se prenos preduzeća ne vrši na teret zaposlenih, kao i iz načela obligacionog prava prema kome niko ne može preuzeti dug trećeg lica bez saglasnosti poverioca. Ipak, Sud pravde Evropske unije nije prihvatio navedene argumente.¹¹ Po oceni Suda, zaposleni greše tvrdeći da oslobađanje poslodavca prethodnika svih njegovih obaveza koje proističu iz ugovora o radu od datuma prenosa preduzeća nije u skladu sa ciljem koji se nastoji ostvariti Direktivom 2001/23/EZ. Predmetna Direktiva ima za cilj da zaštiti prava zaposlenih u slučaju promene poslodavca omogućujući im da nastave da rade za poslodavca sledbenika pod istim uslovima koji su dogovoreni sa poslodavcem prethodnikom. Njena svrha, međutim, nije da obezbedi da se ugovor o radu ili radni odnos sa poslodavcem sledbenikom nastavi ako zaposleni to ne žele.¹² Pored toga, Sud smatra da se ne može prihvatiti ni argument zasnovan na načelu obligacionog prava koje je, kako se tvrdi, opšteprihvaćeno u pravnim sistemima država članica, a prema kome se dug može preneti samo uz saglasnost poverioca. Pravila koja se primenjuju u slučaju prenosa preduzeća na drugog poslodavca namenjena su zaštiti postojećih radnih odnosa koji su deo prenesenog preduzeća. Zato Direktiva predviđa automatski prenos obaveza koje proističu iz ugovora o radu na poslodavca sledbenika, čime se načelo na koje se zaposleni pozivaju stavlja u drugi plan. Štaviše, davanjem ovlašćenja državama članicama da obezbede solidarnu odgovornost poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika posle prenosa preduzeća, Direktiva 2001/23/EZ im omogućava da usklade pravilo automatskog prenosa sa principima njihovih domaćih pravnih sistema.¹³ Shodno tome, član 3(1) Direktive se mora tumačiti tako da znači da se nakon dana prenosa preduzeća i samo na osnovu prenosa, poslodavac prethodnik oslobađa svih obaveza koje proizilaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa, čak i ako zaposleni u preduzeću nisu dali pristanak. On svoj ukupni pravni položaj prenosi, po osnovu samog zakona, na poslodavca sledbenika i izlazi iz postojećeg radnog odnosa. Navedeno pravilo, shodno odredbama Direktive 2001/23/EZ, ne zavisi od vrste prenosa preduzeća, odnosno činjenice da li je prenos izvršen kao

¹¹ Presuda u združenim predmetima br. C-144/187 i 145/87, paragraf 8.

¹² Presuda u združenim predmetima br. C-144/187 i 145/87, paragraf 12.

¹³ Presuda u združenim predmetima br. C-144/187 i 145/87, paragraf 13.

posledica pravnog prenosa preduzeća ili statusne promene, niti od vrste statusne promene. Jednostavno, ukoliko dođe do promene lica koje je odgovorno za vođenje preduzeća, bilo kao posledica pravnog prenosa preduzeća ili statusne promene, automatski, na osnovu samog zakona, dolazi do prenosa svih prava i obaveza iz ugovora o radu ili radnog odnosa na poslodavca sledbenika. Međutim, automatski prenos radnih odnosa ne sprečava države članice da predvide solidarnu odgovornost poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika za obaveze iz ugovora o radu koje su nastale pre dana prenosa.¹⁴ Ustanovljavanjem solidarne odgovornosti poslodavca prethodnika i sledbenika, zaposlenima se povećavaju izgledi za namirenje njihovih dospelih potraživanja i pruža potpuna zaštita njihovih interesa. Solidarna odgovornost je odgovornost prvog reda, pa su poslodavac prethodnik i poslodavac sledbenik u jednakom položaju prema zaposlenima za potraživanja koja su nastala pre promene poslodavca. Na ovaj način se otklanjaju sve moguće pravne nedoumice u vezi odgovornosti poslodavca prethodnika za obaveze nastale do dana promene poslodavca, a novi poslodavac stiče pravo regresa prema poslodavcu prethodniku za sve obaveze koje je namirio, a koje, prema njihovom prethodnom sporazumu nije preuzeo. Međutim, valja ukazati na to da će se pravilo o solidarnoj odgovornosti aktivirati samo ako nakon promene poslodavca, poslodavac prethodnik nastavi da postoji kao pravni subjekt. Osim toga, pravilo o automatskom prenosu prava i obaveza i solidarnoj odgovornosti odnosi se samo na potraživanja lica koja su bila zaposlena kod poslodavca prethodnika u trenutku promene poslodavca, a ne i na potraživanja lica kojima je prestao radni odnos pre toga.¹⁵ Takođe, Direktiva 2001/23/EZ ne pruža zaštitu zaposlenima koji su radili kod poslodavca prethodnika na dan prenosa preduzeća, ali koja, svojom odlukom, ne nastavljaju rad kod poslodavca sledbenika.¹⁶

ODGOVORNOST ZA POTRAŽIVANJA ZAPOSLENIH DOSPELA PRE PROMENE POSLODAVCA U PRAVIMA DRŽAVA ČLANICA EU

Polazeći od prethodno navedenih odredbi Direktive 2001/23/EZ i izvesne slobode koja je ostavljena državama članicama Evropske unije u pogledu načina uređenja odgovornosti za potraživanja dospela pre dana promene poslodavca, ne iznenađuje što je u uporednopravnim sistemima ovo pitanje regulisano na različite načine. Tako, primera radi, radno zakonodavstvo Češke, Danske, Irske, Kipra,

¹⁴ Direktiva 2001/23/EZ, čl. 3(1).

¹⁵ Presuda u predmetu C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L. J. Musio A/S, in liquidation*) od 7. februara 1985. godine, *European Court Reports*, 1985, 457.

¹⁶ R. Blanpain, op. cit., 721.

Letonije, Litvanije, Malte i Slovačke propisuje isključivu odgovornost poslodavca sledbenika za ugovorne obaveze koje su nastale pre određene statusne promene,¹⁷ dok zakonodavstvo Grčke, Italije, Luksemburga, Mađarske, Austrije i Finske utvrđuje pravilo o solidarnoj odgovornosti poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika, i to bez ikakvih ograničenja.¹⁸ Iz ugla zaposlenih, neograničena solidarna odgovornost je, svakako, najbolje rešenje, budući da je rizik insolventnosti dužnika sveden na minimum, a položaj poverioca sigurniji u smislu većih izgleda za namirenje potraživanja.¹⁹ Međutim, postoje države koje predviđaju pravilo o solidarnoj odgovornosti, ali isključuju njegovu primenu u određenim slučajevima, primera radi, u slučajevima stečajnog postupka (Francuska, Švedska) ili odsustva direktne ugovorne veze između poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika (Francuska).²⁰ Najzad, postoji grupa zemalja koje usvajaju pravilo o solidarnoj odgovornosti, ali ograničavaju njegovu primenu, predmetno ili vremenski, u nastojanju da postignu određenu ravnotežu između zaštite zaposlenih (kao poverilaca) i slobode poslovanja poslodavaca (kao dužnika).²¹ Tako, primera radi, u Poljskoj pravilo o solidarnoj odgovornosti važi samo za prenos dela preduzeća; u Sloveniji u pogledu nenamirenih potraživanja u vezi sa prestankom radnog odnosa; u Belgiji se odnosi samo na potraživanja koja proizilaze iz dopunskog penzijskog osiguranja, dok je u Velikoj Britaniji ograničeno samo na naknadu štete zbog povrede obaveze konsultovanja i obaveštavanja zaposlenih. S druge strane, određene zemlje uvele su vremensko ograničenje za primenu pravila o solidarnoj odgovornosti na period od najviše jedne godine (Estonija, Nemačka, Portugalija, Holandija) ili tri godine (Španija) od dana promene poslodavca, tako da je nakon ovog roka na snazi pravilo o isključivoj odgovornosti poslodavca sledbenika.²² Dakle, uprkos navedenim

¹⁷ Zapravo, kiparsko zakonodavstvo dozvoljava poslodavcu prethodniku i poslodavcu sledbeniku da se dogovore o solidarnoj odgovornosti. S druge strane, mogućnost solidarne odgovornosti nije izričito usvojena u litvanskom Zakonu o radu. Međutim, član 6.279 litvanskog Građanskog zakonika propisuje pravila solidarne odgovornosti, prema kojima su lica solidarno odgovorna prema oštećenom za njihovu zajednički nanесenu štetu. Ovaj član Građanskog zakonika može se primeniti na radne odnose pa je mogućnost solidarne odgovornosti prisutna i u litvanskom pravu. Malcolm Sargeant (In partnership with Middlesex University Business School), *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, Human European Consultancy, London, 2007, 35–36.

¹⁸ *Ibidem*, 30–44.

¹⁹ Lj. Kovačević (2019), op. cit., 242.

²⁰ M. Sargeant, op. cit., 33.

²¹ Lj. Kovačević (2019), op. cit., 242.

²² M. Sargeant, op. cit., 30–44.

razlikama može se uočiti da su države članice po ovom pitanju harmonizovale svoje zakonodavstvo sa standardima Evropske unije, te da su pitanju odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca pristupile na, suštinski, dva različita načina: 1) manji broj država članica propisuje isključivu odgovornost poslodavca sledbenika za sve obaveze, pa i one koje su dospеле pre promene poslodavca; 2) dok većina evropskih država uvodi pravilo o solidarnoj odgovornosti poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika za potraživanja nastala pre promene poslodavca, pri čemu neke države ovo pravilo isključuju u određenim slučajevima ili ograničavaju njegovu primenu, predmetno ili vremenski. U svakom slučaju, za potraživanja koja nisu obuhvaćena pravilom o solidarnoj odgovornosti, važi pravilo o isključivoj odgovornosti poslodavca sledbenika.

(NE)USKLAĐENOST DOMAĆEG ZAKONODAVSTVA I PRAKSE
SA STANDARDIMA EU O ODGOVORNOSTI ZA POTRAŽIVANJA
ZAPOSLENIH DOSPELA PRE PROMENE POSLODAVCA

Načelo očuvanja zaposlenja u slučaju promene poslodavca u Srbiji je prvi put uvedeno Zakonom o radu od 2005. godine, kao rezultat dobrovoljnog i delimičnog usklađivanja srpskog zakonodavstva sa pravom Evropske unije. Tako je u domaćem radnom pravu zaštita zagarantovana svim zaposlenima u svim slučajevima promene poslodavca, bez obzira na to da li je identitet prenesenog preduzeća sačuvan ili ne, čime je učinjena povoljnijom od evropskog koncepta prenosa preduzeća. Prema odredbi člana 147 Zakona o radu „u slučaju statusne promene, odnosno promene poslodavca, u skladu sa zakonom, poslodavac sledbenik preuzima od poslodavca prethodnika opšti akt i sve ugovore o radu koji važe na dan promene poslodavca“. To znači da ukoliko se utvrdi da je došlo do promene poslodavca, ugovori o radu nastavljaju da proizvode pravno dejstvo između zaposlenih i poslodavca sledbenika, usled čega lica koja su bila zaposlena u vreme promene poslodavca imaju ista prava i obaveze prema poslodavcu sledbeniku, kao što su imali prema poslodavcu prethodniku pre promene.²³ Iz navedenog kao nesporno proizilazi da je domaći zakonodavac, po uzoru na standarde EU, u srpsko radno zakonodavstvo uveo načelo kontinuiteta radnog odnosa u slučaju promene poslodavca. Međutim, on je propustio da eksplicitno uredi pitanje odgovornosti za potraživanja zaposlenih koja su dospela pre promene poslodavca, te Zakonom o radu nije uvedeno pravilo o solidarnoj odgovornosti poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika (što je mogućnost ostavljena Direktivom 2001/23/EZ državama članicama EU), niti je

²³ Lj. Kovačević, E. Kovács, „Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 2, 2019, 115.

pak Zakonom o radu izričito propisano da će za ovu vrstu obaveza biti odgovoran poslodavac sledbenik, što je, shodno odredbama Direktive 2001/23/EZ, jedina preostala mogućnost.

U nedostatku izričitih odredbi matičnog zakona za oblast radnih odnosa posvećenih pitanju odgovornosti za potraživanja zaposlenih koja su dospela pre promene poslodavca, domaći sudovi su prilikom odlučivanja ko je odgovoran za ovu vrstu potraživanja posegli za odredbama Zakona o privrednim društvima, kao sistemog zakona za oblast privrednog prava, kojima su propisane pravne posledice statusnih promena. Prema odredbama ovog Zakona, danom registracije statusne promene nastupaju pravne posledice statusne promene, te, između ostalog, „društvo sticalac postaje solidarno odgovorno sa društvom prenosiocem za njegove obaveze koje nisu prenete na društvo sticaoca, ali samo do iznosa razlike vrednosti imovine društva prenosioca koja mu je preneti i obaveza društva prenosioca koje je preuzeo, osim ako je sa određenim poveriocem drugačije ugovoreno“.²⁴

Polazeći od ovakve pravne regulative kao pravnog osnova za odlučivanje, domaća sudska praksa se podelila po pitanju razumevanja odgovornosti za dospela potraživanja zaposlenih koja su nastala pre promene poslodavca. Neujednačenost sudske prakse je otpočela različitim postupanjem apelacionih sudova u postupcima koje su zaposleni na železnici pokretali protiv tuženog „Železnice Srbije“ a. d. Beograd, radi isplata uvećanih zarada po osnovu smenskog rada, nakon izvršene statusne promene ovog privrednog subjekta na osnovu člana 489 Zakona o privrednim društvima (izdvajanjem uz osnivanje).²⁵ Zaposleni su podnosili tužbe radi isplate razlike zarade po osnovu rada u smenama. Međutim, nakon podnošenja tužbi došlo je do statusne promene prvobitno tuženog „Železnice Srbije“ a. d. Beograd izdvajanjem uz osnivanje novih privrednih društava, pa su tužioci uređivali tužbeni zahtev tako što su pored tuženog „Železnice Srbije“ a. d. Beograd kao tuženog označavali i „Srbija voz“ a. d. Beograd, „Srbija Kargo“ a. d. Beograd i „Infrastruktura železnice Srbije“ a. d. Beograd, kao društva sticaoca.²⁶ U pogledu osnovanosti tužbenog zahteva, nakon zauzetog stava Vrhovnog kasacionog suda u pogledu smenskog rada, apelacioni sudovi su imali jedinstven stav. Međutim, njihovi stavovi su se mimoi-lazili u pogledu ocene da li je za proširenje tužbe na novog tuženog – kao solidarnog dužnika uz prvobitno tuženog potrebna saglasnost istog tuženog ili se radi o uređenju tužbe (ispravci) za koju nije potrebna saglasnost tuženog, kao i povodom

²⁴ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019, čl. 505, st. 1.

²⁵ Borivoje Gajić, „Solidarna odgovornost i statusna promena privrednog društva“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, broj 3, 2016, 153.

²⁶ *Ibidem*, 154–155.

tumačenja člana 505, stav 2 Zakona o privrednim društvima i njegovog odnosa sa članom 147 Zakona o radu, odnosno pitanja odgovornosti za potraživanja koja su dospela pre izvršene statusne promene.²⁷ U tom smislu, prema ocenama Apelacionog suda u Nišu nesporno je da je predmetno novčano potraživanje nastalo u periodu pre statusnih promena kod poslodavca. Međutim, „kako tuženi na kojima je teret dokazivanja činjenice da su kao društvo sticalac i društvo prenosilac, regulisali svoja međusobna prava i obaveze i to ugovorom o statusnoj promeni ili planom podele, nisu dostavili dokaze, te kako tuženi „Železnice Srbije“ a. d. Beograd i dalje postoji kao privredni subjekt, Apelacioni sud nalazi da je pravilno prvostepeni sud cenio pasivnu legitimaciju tuženog „Železnice Srbije“ a. d. Beograd, nalazeći da je solidarno, sa novoosnovanim pravnim subjektom, u obavezi da tužiocu isplati traženo novčano potraživanje“.²⁸ Uz to, Apelacioni sud u Nišu je ocenio da „ukoliko su postojala ograničenja u pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih prema poslodavcu prethodniku, odnosno poslodavcu sledbeniku, poslodavac je trebalo da o nastalim promenama zaposlene obavesti, a zatim i ugovori aneksima ugovora o radu na jasan i precizan način isplatu konkretnih novčanih potraživanja, što je sve izostalo, a što je propust poslodavca, a ne zaposlenog“.²⁹

S druge strane, Apelacioni sud u Novom Sadu, je povodom istog pitanja izneo (suprotan) stav da „statusna promena tuženog „Železnice Srbije“ a. d. Beograd [...] nema značaja za njegovu obavezu isplate uvećanih zarada tužiocu jer se radi o obavezama koje [...] se odnose na period rada tužioca kod tuženog „Železnice Srbije“ a. d. Beograd, koji nije brisan iz sudskog registra. Sama podela ovog privrednog subjekta nastala izdvajanjem nekih njegovih delova, bez dokaza o prenosu imovine i postojanju deobnog bilansa, nema značaja za oslobodjenje ovog tuženog od dospelih obaveza prema zaposlenim koje su nastale do izvršene statusne promene. Tuženi „Železnice Srbije“ a. d. Beograd tokom postupka nije ponudio dokaz da je došlo do preuzimanja njegovog duga prema tužiocu kao poveriocu, da postoji pristanak tužioca za istu promenu u smislu člana 446, stav 1 Zakona o obligacionim odnosima i da se time promenom dužnika, obaveza ovog tuženog ugasila i tuženi kao dužnik oslobodio svoje obaveze prema tužiocu kao poveriocu u smislu

²⁷ *Ibidem*, 156, 161.

²⁸ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž1. 200/17 od 20. 1. 2017. godine. Slično i: Presuda Apelacionog suda u Nišu 8Gž1. 1231/16 od 11. 5. 2016. godine; Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž1. 2696/16 od 20. 12. 2016. godine; Presuda Apelacionog suda u Nišu 18Gž1. 3623/16 od 9. 12. 2016. godine; Presuda Apelacionog suda u Nišu 19Gž1. 2988/16 od 25. 11. 2016. godine; Presuda Apelacionog suda u Nišu 19Gž1. 2922/16 od 18. 11. 2016. godine; Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž1. 3430/16 od 16. 12. 2016. godine.

²⁹ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž1. 200/17 od 20. 1. 2017. godine.

člana 448, stav 1 istog zakona. Tuženi „Železnice Srbije“ a. d. Beograd kao poslodavac tužioca u spornom periodu je u obavezi da mu isplati neisplaćenu uvećanu zaradu po osnovu smenskog rada“. ³⁰

Vrhovni kasacioni sud Srbije se u svojim presudama priklonio stavu Apelacionog suda u Nišu, ocenjujući da je drugostepeni sud pravilnom primenom relevantnih zakonskih odredaba preinačio prvostepenu presudu obavezivanjem poslodavca sledbenika da solidarno sa poslodavcem prethodnikom naknadi zaposlenima iznose na ime neisplaćene mesečne zarade po osnovu smenskog rada.³¹ Odluka drugostepenog suda je, po oceni Vrhovnog suda, „zasnovana na pravilnom shvatanju da zaposleni nisu zaključili novi ugovor sa poslodavcem sledbenikom, već aneks ugovora o radu prema kome su nastavili radni odnos sa poslodavcem sledbenikom koji je preuzeo ne samo prava već i obaveze poslodavca prethodnika nastale iz zaključenog ugovora o radu i radnog odnosa. Poslodavac sledbenik nije isticao činjenice, niti dostavio dokaze da je na drugačiji način, uz obaveštavanje tužilaca kao zaposlenih, sa pravnim prethodnikom regulisao individualna prava i stečena prava zaposlenih. To je bila njegova procesna dužnost i rizik za ishod parnice pošto teret dokazivanja činjenice ispunjenja obaveze ili činjenice usled koje je obaveza prestala, u smislu člana 231, stav 3 Zakona o parničnom postupku, snosi dužnik, a ne poverilac“. ³²

Međutim, ocenjujući navode o povredi prava na pravično suđenje iz člana 32, stav 1 Ustava, Ustavni sud je ocenio „da je, *prima facie*, ustavnopravno neprihvatljivo stanovište Vrhovnog kasacionog suda da je zaključenjem aneksa ugovora o radu podnosilac ustavne žalbe automatski prema tužiocu preuzeo i sve obaveze prvotuženog po osnovu radnog odnosa koje su nastale pre izvršene statusne promene, uključujući i neisplaćenu uvećanu zaradu po osnovu smenskog rada, s obzirom na to da zaključenje aneksa predstavlja realizaciju zakonske obaveze podnosioca ustavne žalbe da tužioca zadrži u radnom odnosu, bez promene njegovog radnopravnog statusa“. ³³ Polazeći od činjenice da plan statusne promene nije sadržao opis preuzetih obaveza, kao i način na koji će se njihov prenos i realizacija izvršiti, ali da je predviđao zaključenje posebnog ugovora (protokola) o opisu preuzetih obaveza i načinu njihovog prenosa i realizacije, kao i činjenice da je isti zaključen 24. juna 2016. godine između prvotuženog i novoosnovanih privrednih društava,

³⁰ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2372/16, izvor: B. Gajić, op. cit., 160–161.

³¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 2419/2018(1) od 29. 5. 2019. godine, izvor: *Paragraf Lex*.

³² *Ibidem*.

³³ Odluka Ustavnog suda, Už broj 10900/2017 od 24. 12. 2018. godine, izvor: *Paragraf Lex*.

te da su istim u početni bilans prvotuzenog (posle izdvajanja) preneti „rezervisanija“ za sudske sporove, Ustavni sud je našao da je ocena pravne prirode (karaktera) protokola bila od suštinske važnosti za ishod predmetnog postupka.³⁴

MOGUĆI NAČINI TUMAČENJA DOMAĆIH (RADNO)PRAVNIH NORMI I PREVAZILAŽENJA PROBLEMA NEUJEDNAČENE SUDSKE PRAKSE

Prilikom ocene prethodno citiranih navoda domaće sudske prakse i, uopšte, analize pitanja odgovornosti za potraživanja zaposlenih nastala pre promene poslodavca u domaćem pravu, treba krenuti, još jednom, od odredbi Zakona o radu kojima su regulisana „prava zaposlenih kod promene poslodavca“. Kao što je napred pomenuto, Zakon o radu Srbije ne uređuje eksplicitno pitanje odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca. Međutim, domaći zakon je po uzoru na standarde sadržane u Direktivi 2001/23/EZ prihvatio pravilo o *ex lege* prenosu ugovora o radu sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika, kao prvi, najznačajniji stub zaštite zaposlenih u slučaju promene poslodavca. Podsetimo, prema slovu Zakona o radu „u slučaju statusne promene, odnosno promene poslodavca, u skladu sa zakonom, poslodavac sledbenik preuzima od poslodavca prethodnika opšti akt i sve ugovore o radu koji važe na dan promene poslodavca“.³⁵ Ovaj vid univerzalne sukcesije ne zavisi od volje odnosnih subjekata, već pretpostavlja određenu intervenciju države: sukcesija u oblasti rada nastaje neposredno na osnovu zakona (*ope legis*).³⁶ To znači da po osnovu samog zakona dolazi do promene jedne ugovorne strane ugovora o radu – poslodavca, a zaposleni postaju silom zakona poverioci lica koje se supstituiše poslodavcu. Jasno je da to treće lice – poslodavac sledbenik ne preuzima sâm ugovor o radu u smislu određene pravne činjenice, već pravni položaj (ugovorni status) poslodavca prethodnika, odnosno skup svih prava, obaveza i odgovornosti koje proizilaze iz (individualnih i kolektivnih) ugovora o radu, opštih akata poslodavca prethodnika i zakona u oblasti rada i socijalnog osiguranja. S druge strane, poslodavac prethodnik se od dana izvršene promene oslobađa svih obaveza koje proizilaze iz radnog odnosa, pa i onih koje su dospele pre same promene, a koje poslodavac prethodnik nije izmirio. Jedina mogućnost odstupanja od pravila o isključivoj odgovornosti poslodavca sledbenika jeste, shodno odredbama Direktive 2001/23/EZ, uvođenje pravila o solidarnoj

³⁴ Odluka Ustavnog suda, Už broj 10900/2017 od 24. 12. 2018. godine, izvor: *Paragraf Lex*.

³⁵ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 147.

³⁶ Lj. Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 484.

odgovornosti poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika, i to za obaveze koje su nastale pre dana prenosa preduzeća na temelju ugovora o radu ili radnog odnosa koji je postojao na dan prenosa. Budući da domaći Zakon o radu nije ustanovio navedeno pravilo o solidarnoj odgovornosti, može se zaključiti da je u našem pravu poslodavac sledbenik isključivo odgovoran za sve obaveze iz radnog odnosa, pa i one koje su dospele pre izvršene promene poslodavca. Tumačenje prema kojem je za potraživanja iz radnog odnosa isključivo odgovoran poslodavac prethodnik iz razloga što je predmetno potraživanje nastalo pre promene poslodavca ili što su učestvujuće strane tako htele (ugovorile), protivno je odredbi člana 147 Zakona o radu, ali i odredbi člana 3(1) Direktive 2001/23/EZ, kojima je ustanovljeno pravilo o *ex lege* prenosu svih prava i obaveza koje na dan promene proizilaze iz postojećeg ugovora o radu sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika. Ovo posebno iz razloga što Zakon o radu ne ustanovljava izuzetke od ovog pravila, ni u pogledu određene vrste potraživanja iz radnog odnosa, ni u pogledu pravnog razloga (slučaja) promene poslodavca. Iz tih razloga, ukoliko dođe do statusne promene (bez obzira na vrstu) ili do nekog drugog slučaja promene poslodavca u skladu sa zakonom – a zaposleni se saglasi da njegov ugovor o radu bude prenesen – po sili zakona se prenose i sva prava i obaveze iz ugovora o radu na poslodavca sledbenika, dok poslodavac prethodnik biva oslobođen svih odgovornosti po osnovu same promene.

Navedeno, čini se, nije sporno kada su u pitanju statusne promene u kojima poslodavac prethodnik prestaje da postoji bez likvidacije (spajanje, pripajanje i podela), u kom slučaju obaveze poslodavca prethodnika moraju, silom zakona, preći na poslodavca sledbenika. U tom smislu, i Zakon o privrednim društvima predviđa da ako statusna promena rezultira likvidacijom društva prenosioca, njegove obaveze se prenose na društvo sticaoca u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni ili planom podele, a društvo sticalac postaje novi dužnik u pogledu ovih obaveza. U slučaju da postoji više društava sticalaca, svako od njih će imati supsidijarnu odgovornost za obaveze koje su u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele prešle na ostala društva sticaoce do iznosa razlike vrednosti imovine društva prenosioca koja mu je preneti i obaveza društva prenosioca koje je preuzeo, osim ako je sa određenim poveriocem drugačije ugovoreno.³⁷ Za obaveze društva prenosioca prestalog podelom koje ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele nisu raspoređene nijednom društvu sticaocu, niti se tumačenjem tog ugovora, odnosno plana može odrediti kojem društvu sticaocu se imaju raspodeliti, solidarno odgovara svako društvo

³⁷ Zakon o privrednim društvima, čl. 505, st. 3, tač. 3.

sticalac do iznosa razlike između vrednosti imovine koja je na to društvo preneta i obaveza koje je to društvo preuzelo.³⁸

Međutim, u sudskoj praksi domaćih sudova pojavile su se određene dileme u pogledu statusne promene izdvajanja, budući da se kod ove promene izdvaja deo imovine i obaveza, pri čemu poslodavac prethodnik i dalje postoji, usled čega se pojavljuje mogućnost ustanovljavanja odgovornosti različitih subjekata, tj. poslodavca prethodnika i/ili poslodavca sledbenika. U vezi navedene statusne promene, valja napomenuti da je uprkos određenim specifičnostima, u teoriji i uporednom zakonodavstvu, pa i kod nas, prihvaćeno da ta parcijalna imovina sa obavezama i ovde prelazi na društvo sticaoca putem univerzalne sukcesije, a ne prema pravilima o singularnoj sukcesiji.³⁹ Ključna osobenost ove vrste univerzalne sukcesije (koja se u teoriji naziva „parcijalna [delimična]“ univerzalna sukcesija) ogleda se u tome što u velikoj meri zavisi od volje društava koja učestvuju u sukcesiji budući da društva planom podele utvrđuju koji će deo imovine i obaveza kao celina biti prenet na određeno društvo.⁴⁰ Tako, u skladu sa domaćim Zakonom o privrednim društvima, društvo prenosilac može, putem ugovora o statusnoj promeni odnosno plana podele, preneti sve ili neke svoje obaveze na društvo sticaoca. *Za obaveze društva prenosioca koje nisu prenesene na društvo sticaoca* ugovorom o statusnoj promeni ili planom podele – *društvo sticalac postaje solidarno odgovorno sa društvom prenosiocem*, ali samo do iznosa razlike vrednosti imovine društva prenosioca koja mu je preneti i obaveza društva prenosioca koje je preuzeo, osim ako je sa određenim poveriocem drugačije ugovoreno.⁴¹ To znači da Zakon o privrednim društvima ustanovljava pravilo o ograničenoj solidarnoj odgovornosti društva prenosioca i društva sticaoca, i to za obaveze društva prenosioca koje nisu prenesene na društvo sticaoca. Dakle, da bi se utvrdila solidarna odgovornost društva prenosioca i društva sticaoca, potrebno je najpre utvrditi kako su ugovorom o statusnoj promeni ili planom podele regulisane obaveze, odnosno koje su obaveze prenesene na poslodavca sledbenika, a koje nisu, budući da od navedenog zavisi vrsta odgovornosti. Naime, za obaveze koje su prenesene na društvo sticaoca postoji isključiva odgovornost društva sticaoca, dok u pogledu obaveza društva prenosioca koje nisu prenesene na društvo sticaoca postoji solidarna odgovornost društva sticaoca i društva prenosioca. Prevedeno na teren radnog prava, proizilazi da utvrđivanje da li je određena obaveza iz radnog odnosa (koja je nastala pre promene poslodavca)

³⁸ *Ibidem*, čl. 506, st. 2.

³⁹ M. Radović, op. cit., 126.

⁴⁰ *Ibidem*, 127.

⁴¹ Zakon o privrednim društvima, čl. 505, st. 1, tač. 3.

ostala na strani poslodavca prethodnika ili je prenet na poslodavca sledbenika vrši se analizom statusnog dokumenta – ugovora o statusnoj promeni odnosno plana podela. Navedeno razgraničenje je potrebno kako bi se utvrdilo ko je odgovoran za obaveze iz radnog odnosa: ukoliko je određena obaveza poslodavca prethodnika prenesena na poslodavca sledbenika, on postaje isključivo odgovoran za njeno namirenje, a ukoliko obaveza nije prenesena na poslodavca sledbenika, poslodavac sledbenik postaje solidarno odgovoran sa poslodavcem prethodnikom za njeno ispunjenje, i to samo do iznosa koji je zakonom određen. U tom smislu, može se zaključiti da ni u jednoj varijanti ne postoji mogućnost utvrđivanja isključive odgovornosti poslodavca prethodnika, osim (za obaveze koje nisu prenesene na poslodavca sledbenika) ako je vrednost imovine koja je prenet na poslodavcu sledbeniku manja od obaveza poslodavca prethodnika koje je preuzeo poslodavac sledbenik.

U vezi sa prethodno navedenim tumačenjem, sporne su najmanje dve stvari. Prvo, pitanje je da li se odredbe Zakona o privrednim društvima (kao sistemskog zakona za oblast privrednih odnosa) kojima su regulisane pravne posledice statusnih promena privrednih društava mogu primeniti i na obaveze iz radnog odnosa? Zakon o radu je – kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o privrednim društvima za obaveze iz radnog odnosa – uveo pravilo o *ex lege* prenosu ugovora o radu sa poslodavca prethodnika na poslodavca sledbenika, odnosno pravilo o prenosu svih prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa, po sili zakona. Stoga bi primena pravila Zakona o privrednim društvima koja može rezultirati utvrđivanjem isključive odgovornosti poslodavca prethodnika za obaveze dospele pre promene poslodavca koje nisu prenesene na poslodavca sledbenika (ukoliko bi vrednost imovine koja je prenet na poslodavcu sledbeniku bila manja od obaveza poslodavca sledbenika koje je preuzeo) bila protivna pravilu o *ex lege* prenosu ugovora o radu, kao centralnom instrumentu zaštite zaposlenih u slučaju promene poslodavca ustanovljenim kako Direktivom 2001/23/EZ, tako i domaćim Zakonom o radu. Osim toga, kod statusne promene izdvajanja dolazi do prenosa jednog dela imovine i obaveza jednog društva (primera radi pogona, fabrika, sektora, radnih ili poslovnih jedinica) na drugo privredno društvo, zbog čega dolazi i do promene poslodavca zaposlenih u delu društva koji je obuhvaćen prenosom, a time i do prenosa svih njihovih prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa. Stoga se, očigledno, navedeno pravilo Zakona o privrednim društvima i ne može primeniti na obaveze iz radnog odnosa onih zaposlenih čiji se ugovori o radu (zajedno sa prenosom dela preduzeća – imovine i obaveza) prenose na poslodavca sledbenika. Ako se ima u vidu da su Zakonom o privrednim društvima regulisane samo statusne promene privrednih društava i da se pravilo o odgovornosti ostalih pravnih lica moraju tražiti u drugim posebnim zakonima, postaje jasno da su razmere ove problematike mnogo veće.

Tome treba dodati i činjenicu da pojam promene poslodavca širi od pojma statusne promene budući da obuhvata i slučajeve promene poslodavca koji su rezultat pravnog prenosa preduzeća (po osnovu ugovora o prodaji, ugovora o zakupu itd.), pa se za pravilom o odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospelila pre promene poslodavca u ovoj situaciji mora tragati u opštim pravilima ugovornog prava.

Pored toga, čak i u slučaju opredeljivanja za mogućnost primene Zakona o privrednim društvima i na obaveze iz radnog odnosa, pitanje je da li se razgraničenje odgovornosti za obaveza iz radnog odnosa između poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika (deobni bilans) može izvršiti nekim drugim pravnim aktom (ugovorom, protokolom) – a ne ugovorom o statusnoj promeni ili planom podele – koji, pritom, nije bio zaključen pre nastupanja pravnih posledica promene poslodavca, već je njegovo zaključenje bilo samo predviđeno statusnim dokumentima, ali je isto izvršeno nakon nastupanja pravnih posledica promene poslodavca (kao što je bio slučaj u napred navedenom primeru)? Prema odredbama Zakona o privrednim društvima, sastavni deo ugovora o statusnoj promeni odnosno plana podele je deobni bilans društva prenosioca, u slučaju statusne promene podele ili izdvajanja.⁴² To znači da poslodavac prethodnik i poslodavac sledbenik imaju obavezu da razgraničenje međusobnih prava i obaveza izvrše precizno, i to ugovorom o statusnoj promeni odnosno planom podele, a ne drugim ugovorima ili protokolima zaključenim znatno nakon izvršene statusne promene. Pored toga, oni su dužni da o sadržini statusnog dokumenta i načinu podele obaveza iz radnog odnosa dospelih pre promene poslodavca obaveste zaposlene čiji su ugovori o radu preneseni, i to na jasan i transparentan način, kako bi isti već u trenutku promene poslodavca bili informisani o dužnicima svojih obaveza, te u slučaju spora mogli pravilno označiti pasivno legitimisanu stranu.

ZAKLJUČAK

Jedno od retkih pitanja u oblasti zaštite zaposlenih u slučaju promene poslodavca kojim su se domaći sudovi ozbiljnije bavili jeste odgovornost za potraživanja zaposlenih dospelila pre promene poslodavca. Usled nepreciznih i šturih zakonskih odredbi, ali i nepoznavanja šire slike instituta promene poslodavca (koja je neophodna da bi se postojeće pravne norme stavile u pravi kontekst), domaći sudovi su zauzimali potpuno oprečne stavove u istim ili bitno istim činjeničnim situacijama, usled čega je i pravna sigurnost zaposlenih značajno narušena. Odnos odredbe Zakona o radu kojim se ustanovljava pravilo o *ex lege* prenosu ugovora

⁴² Zakon o privrednim društvima, čl. 491, st. 3, tač. 2 i čl. 492, st. 3.

o radu (i svih prava i obaveza iz radnog odnosa) i odredbe Zakona o privrednim društvima kojima se regulišu pravne posledice statusne promene privrednih društava stvara brojne pravne nedoumice, pa domaći sudovi povodom ovog važnog pitanja nemaju jedinstveni stav ni posle skoro pet godina od kada su počeli da se bave istim. Imajući u vidu domaću pravnu regulativu (sadržanu, pre svega, u Zakonu o radu), ali i odredbe Direktive 2001/23/EZ – po uzoru na koje su uvedene domaće radnopravne norme o zaštiti zaposlenih u slučaju promene poslodavca – čini se potpuno neprihvatljivim donošenje sudskih odluka kojima se utvrđuje isključiva odgovornost poslodavca prethodnika za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca. S obzirom na to da je domaći zakonodavac prihvatio deo pravnih tekovina Evropske unije u odnosu na zaštitu prava zaposlenih u slučaju promene poslodavca, zakon se izigrava ukoliko se te zaštitne norme primenjuju suprotno ideji i osnovnom cilju njihovog uvođenja. Do uređenja ovog pitanja na jasan i izričit način, čini se da bi, shodno odredbama postojećeg člana 147 Zakona o radu, kao osnovno valjalo uzeti pravilo o isključivoj odgovornosti poslodavca sledbenika za sve obaveze iz radnog odnosa, uključujući i one dospеле pre promene poslodavca, dok bi se solidarna odgovornost poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika, shodno odredbama Zakona o privrednim društvima, mogla ustanoviti jedino za obaveze iz radnog odnosa dospеле pre promene poslodavca za koje je ugovorom o statusnoj promeni odnosno planom podele jasno i precizno utvrđeno da neće biti prenesene na poslodavca sledbenika. Svako drugačije odlučivanje, iako može naći uporište u šturim odredbama Zakona o radu i njegovom nejasnom odnosu sa Zakonom o privrednim društvima, bilo bi u suprotnosti sa standardima Evropske unije i svrhom postojanja ovog instituta. U svakom slučaju, sve navedeno upućuje na zaključak da su potrebne *de lege ferenda* intervencije u cilju unapređenja postojećih odredbi Zakona o radu izričitim regulisanjem odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospelih pre promene poslodavca. Ovo važno pitanje bi trebalo urediti nakon što se sagledaju i odmere sve prednosti i nedostaci pravila o isključivoj ili (neograničenoj i ograničenoj) solidarnoj odgovornosti poslodavca sledbenika i poslodavca prethodnika, iz perspektive potrebe zaštite slabije strane u radnom odnosu. Pritom, valja podsetiti da shodno evropskoj regulativi postoje dve opcije – isključiva odgovornost poslodavca sledbenika (što je pravilo) ili solidarna odgovornost poslodavca prethodnika i poslodavca sledbenika (što je mogućnost ostavljena državama članicama) koja, pritom, može biti ograničena predmetno (na samo određenu vrstu obaveza, primera radi potraživanja iz dopunskog penzijskog osiguranja ili potraživanja u vezi sa prestankom radnog odnosa) ili vremenski (primera radi godinu dana ili tri godine od dana promene poslodavca). Postavljeni cilj zaštite prava zaposlenih iz radnog odnosa u slučaju promene poslodavca, te činjenica da Direktiva 2001/23/EZ predviđa mogućnost da države članice utvrde

solidarnu odgovornost prethodnog i novog poslodavca, opravdava uvođenje solidarne odgovornosti i u našem pravu. Na ovaj način bi se povećala pravna sigurnost u odnosu na stečena prava zaposlenih i otklonile sve moguće pravne nedoumice u vezi odgovornosti poslodavca prethodnika za obaveze nastale do dana prenosa na novog poslodavca, a novi poslodavac bi u svakom slučaju zadržao regresno pravo od poslodavca prethodnika, kao solidarnog dužnika, ako su u međusobnim odnosima pitanje odgovornosti regulisali na drugačiji način.

Dr. MARIJA DRAGIĆEVIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Niš

THE ISSUE OF DETERMINING LIABILITY FOR EMPLOYEE RECEIVABLES DUE BEFORE THE CHANGE OF EMPLOYER IN DOMESTIC LAW

Summary

Labour Act of the Republic of Serbia, which is based on European standards on employee right protection, guarantees employee protection in case of change of employer by defining, inter alia, *ex lege* rule on the transfer of employment-related rights and obligations from the transferor to the transferee. However, unlike majority of the European Union member states, the national legislator did not explicitly define the issue of liability for employee receivables due before the change of employer. This resulted in opposing viewpoints and differentiated rule of law in national case law, which significantly jeopardized employees' legal security. Consequently, the paper author considers the issue of defining liability for employee receivables due before the change of employer in national labour law. In the first and second chapter of the paper, the author points out the different ways that the European Union and its member states have defined the issue of liability for receivables which were due before the change of employer, believing that extensive knowledge of the European standards could help understand and solve the issue of determining the stated liability in domestic case law. In chapter three, the author analyzes national legal norms and contradictory case law on the issue, attempting to offer the solution for appropriate understanding of the legal provisions, which would eliminate the problem of different proceedings of the courts in identical factual circumstances.

Key words: liability, due receivables, change of employer

Literatura

- Blanpain R., *European Labour Law*, 12th revised edition, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2010.
- Dragićević M., „Odgovornost za dospelu potraživanja iz radnog odnosa u slučaju promene poslodavca“, *Zbornik radova „Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme*, tom 2, Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2017.

- Dragičević M., „Pravni položaj zaposlenih u slučaju promene poslodavca“, neobjavljena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2022.
- Gajić B., „Solidarna odgovornost i statusna promena privrednog društva“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 3, 2016.
- Kalamatiev T., Ristovski A., „Transfer of Undertakings and Protection of Employees Individual Rights in the Republic of Macedonia“, *Stakeholder Protection in Restructuring* (eds Kovács E., Winner M.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.
- Kovačević Lj., „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, *Stakeholder Protection in Restructuring* (eds Kovács E., Winner M.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.
- Kovačević Lj., Kovács E., „Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 2, 2019.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Radović M., „Univerzalna sukcesija kod statusnih promena privrednih društava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 1, 2018.
- Sargeant M. (In partnership with Middlesex University Business School), *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event, of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, Human European Consultancy, London, 2007.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IVICA LAZOVIĆ

MIRNO REŠAVANJE KAO ALTERNATIVA SUDSKOM REŠAVANJU RADNIH SPOROVA

U ovom radu bavićemo se izazovima mirnog rešavanja radnih sporova, kao alternativom sudskom rešavanju radnih sporova u Republici Srbiji. Polazeći od definicije radnih sporova, podele na kolektivne i individualne, bavimo se i načinima za njihovo rešavanje u našem zakonodavstvu. Posebna pažnja je posvećena sudskom rešavanju radnih sporova, kako je organizovano i problema koji se javljaju u toj oblasti. U radu se akcenat stavlja na praksu mirnog rešavanja radnih sporova na institucionalizovan način i analiziraju izazovi pred kojima se nalazi teorija i pravna praksa u ovoj oblasti, kao i najčešćim problemima prilikom rešavanja radnih sporova. Takođe se pravi pregled ključnih dešavanja u oblasti mirnog rešavanja radnih sporova u Republici Srbiji. U radu se iznose i aktuelni statistički podaci u pogledu broja sporova koji se rešavaju mirnim putem i broj dobijenih pristanaka na ovaj način alternativnog rešavanja sporova. Analizira se i mogućnost proširenja nadležnosti sa opšteg režima radnih odnosa, na posebne, na državne službenike. Iznose se i neke prednosti ovih postupaka u odnosu na sudsko rešavanje radnih sporova.

Ključne reči: radni sporovi, mirenje, arbitraža, sud

U V O D

Radni sporovi kao sastavni pratilac rada, pa i prava koja proizilaze iz čovekovog rada i u vezi sa radom, neminovno se javljaju u svim društvima, pa i u Republici Srbiji. Ti sporovi nastaju u osnovi oko prava iz radnog odnosa ili prava vezanih

Dr Ivica Lazović, direktor Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, e-mail: ivica.lazovic@ramrrs.gov.rs.

za rad, a najčešće se javljaju oko nekih individualnih prava ili pak kolektivnih prava, te to opredeljuje i njihovu podelu na individualne i kolektivne radne sporove.

U suštini, radni sporovi se mogu rešavati sudskim putem pred sudovima opšte nadležnosti ili specijalizovanim sudovima, a mogu se i rešavati alternativnim putem – tzv. mirno rešavanje radnih sporova. To mirno rešavanje radnih sporova može biti u internom postupku kod poslodavca ili pred specijalizovanim institucijama, a na različite načine od kojih su neki posredovanje, mirenje i arbitraža.

U Republici Srbiji radni sporovi se prvenstveno rešavaju sudskim putem, pred sudovima opšte nadležnosti, ali je prisutno i alternativno rešavanje radnih sporova pred specijalizovanom institucijom Republičkom agencijom za mirno rešavanje radnih sporova. Na stranicama pred nama osvrnućemo se na praksu ove Agencije i izazovima mirnog rešavanja radnih sporova, kao alternativni sudskom rešavanju radnih sporova u Republici Srbiji.

ODREĐENJE I PODELA RADNIH SPOROVA

Uopšteno gledano, radni spor može se odrediti kao spor koji nastaje zbog povrede prava i obaveza iz radnog odnosa između zaposlenog i poslodavca.¹

Radni spor može da se odredi kao spor nastao između radnika, odnosno službenika i organizacije (poslodavca) povodom povrede prava ili neposrednih ličnih interesa priznatih pravnim propisima, kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu i za čije je rešavanje nadležan određeni organ.²

Možemo pronaći u literaturi i da je radni spor, onaj spor koji nastaje između stranaka radnog odnosa onda kada jedna stranka radnog odnosa činjenjem ili nečinjenjem onemogućava ostvarivanje prava ili vrši povredu prava ili interesa zasnovanog na pravu druge stranke za izmenu postojećih, ili utvrdi nova prava i obaveze, odnosno uslove rada.³

Subjekti radnog spora su oni između kojih postoji radni spor, pa tako govorimo o dve strane, jednoj koja je pokrenula spor i drugoj protiv koje se vodi spor. Kao subjekti radnog spora se javljaju radnik i poslodavac, odnosno sindikat i poslodavac ili udruženje poslodavaca sa druge strane.

¹ Vlajko Brajić, *Radno pravo, radni odnosi, drugi odnosi rada i socijalno osiguranje*, Savremena administracija, Beograd, 2001, 424.

² Aleksandar Baltić, Milovan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije, sistem samoupravnih međusobnih radnih odosa i osnovnih problema sociologije rada*, Beograd, 1978, 327.

³ Borivoje Šunderić, „O radnom sporu“, *Anali Pravnog fakulteta*, br.1-3/91, Beograd, 1991, 354.

Kada govorimo o vrstama radnih sporova, najčešće su prisutne klasifikacije radnih sporova na individualne i kolektivne.

Pod individualnim radnim sporom se podrazumeva spor koji nastaje između radnika, kao pojedinca i poslodavca povodom nepriznavanja ili povrede individualnog pojedinačnog, ličnog prava iz radnog odnosa, ili neposrednog ličnog interesa zasnovanog na pravu ili povodom povrede radne obaveze iz radnog odnosa utvrđene pravnim propisima.⁴

Kao individualni radni spor, podrazumeva se spor između radnika i poslodavca u vezi sa zaključivanjem, postojanjem ili prestankom individualnog ugovora o radu, koji se rešava pred nadležnim sudom ili drugim organom u utvrđenom postupku.⁵

Individualni radni sporovi se mogu definisati i kao sporovi koji nastaju između pojedinog radnika i preduzeća, odnosno poslodavca povodom utvrđivanja ili ostvarivanja prava iz radnog odnosa.⁶

SUDSKO REŠAVANJE RADNIH SPOROVA

Radni sporovi u Republici Srbiji se rešavaju pred sudovima opšte nadležnosti uz primenu pravila parničnog postupka, prilagođenih specifičnostima radnih sporova. Opšte mesto je da su sudovi opšte nadležnosti koji rešavaju radne sporove u prvom stepenu, previše opterećeni, te da se radni sporovi jako dugo rešavaju i ovi postupci traju godinama.

Dakle, u Republici Srbiji individualni radni sporovi rešavaju se prema pravilima Zakona o parničnom postupku, kojima se uređuju pravila pružanja sudske zaštite u građanskopravnim sporovima iz radnog odnosa, osim sporova za koje je posebnim zakonom predviđena druga vrsta postupka. U skladu sa Zakonom o parničnom postupku, u parnicama iz radnog odnosa primenjuju se odredbe ovog propisa, od člana 436 do 447. U slučaju da pojedina pitanja za potrebe rešavanja parnica iz radnih odnosa nisu uređena navedenim članovima, sud će primeniti opšte odredbe, odnosno opšta pravila Zakona o parničnom postupku, poštujući načelo hitnog rešavanja radnih sporova.⁷

⁴ *Ibidem*, 355.

⁵ Dušan Paravina, „Radni spor u jugoslovenskom i uporednom pravu“, *Pravni život*, III tom, Beograd, 1995, 552.

⁶ Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2000, 373.

⁷ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14, 87/18, 18/20.

Nadležnost sudova za rešavanje individualnih radnih sporova uređena je Zakonom o parničnom postupku i Zakonom o uređenju sudova.⁸ U prvom stepenu sudi osnovni sud, a izuzetak su sporovi u vezi sa zaštitom od diskriminacije u oblasti rada i zlostavljanja na radu za čije rešavanje je stvarno nadležan viši sud koji i rešava u sporovima povodom obaveznog socijalnog osiguranja ukoliko nije nadležan drugi sud (Upravni sud).

U prvom stepenu, osnovni sud sudi u sporovima povodom zasnivanja, postojanja i prestanka radnog odnosa, o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa, o naknadi štete koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi sa radom, kao i u sporovima povodom zadovoljavanja stambenih potreba na osnovu rada. U drugom stepenu, po žalbi na presude osnovnog, odnosno višeg suda, sudi apelacioni sud. Prvostepena presuda postaje pravosnažna i izvršna ukoliko se više ne može pobijati žalbom kao redovnim pravnim lekom, odnosno ukoliko sud u drugom stepenu odbije žalbu i potvrdi prvostepenu presudu. U suprotnom, drugostepena presuda je pravosnažna i izvršna. Kada je reč o vanrednim pravnim lekovima, u postupku protiv pravosnažnih presuda odlučuje Vrhovni kasacioni sud. Revizija kao vanredni pravni lek protiv pravosnažne presude u radnom sporu u skladu sa odredbama Zakona o parničnom postupku, dozvoljena je uvek kod onih sporova koji za predmet imaju zasnivanje radnog odnosa, postojanje ili prestanak radnog odnosa.

Parnični postupak u radnim sporovima pokreće se tužbom u roku od 60 dana od dana dostavljanja rešenja poslodavca, odnosno saznanja za povredu prava i ovaj rok je prekluzivan, odnosno propuštanje roka za podnošenje tužbe vodi gubitku prava na sudsku zaštitu i odbacivanje tužbe zbog neblagovremenosti.⁹

Teško je proceniti broj sudskih postupaka koji se vode vezano za radne sporove, pa se tako pre krize sa Korona virusom u javnosti govorilo o čak 73.000 radnih sporova, a po sudiji čak 258 parnica iz radnog odnosa i da ovi postupci u proseku traju oko 5 godina.¹⁰ U Godišnjem izveštaju o radu sudova za 2021. godinu može se pronaći podatak da je pod sudskom oznakom za predmete u radnim sporovima, tzv. P1 referadi, rešavano pred osnovnim sudovima 82.998

⁸ Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018, 87/2018 i 88/2018.

⁹ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, čl 195.

¹⁰ C. Spasojević / J. Ž. Skenderija, „Sudije o radnim sporovima većaju i po pet godina“ <https://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:728442-Sudije-o-radnim-sporovima-vecaju-i-po-pet-godina>.

postupaka, a koje je rešavalo ukupno 283 sudija. Pred višim sudovima u istom periodu bilo je 1.343 postupka, na 96 sudija.¹¹

INSTITUCIONALIZACIJA ALTERNATIVNOG REŠAVANJA RADNIH SPOROVA

Institucionalizovano rešavanje radnih sporova na miran način u Republici Srbiji je uvedeno osnivanjem Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova. To je učinjeno na osnovu Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova,¹² kojim je propisano da ova Agencija obavlja stručne poslove koji se odnose na: mirno rešavanje kolektivnih i individualnih sporova; izbor miritelja i arbitara; vođenje Imenika miritelja i arbitara; stručno usavršavanje miritelja i arbitara; odlučivanje o izuzeću miritelja i arbitara; evidenciju o postupcima mirnog rešavanja radnih sporova; druge poslove određene zakonom. Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova je posebna organizacija Vlade Republike Srbije.

Usluge koje Agencija pruža zainteresovanim licima su rešavanje individualnih i kolektivnih radnih sporova (arbitraže i mirenja), u skladu sa Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova.

Individualnim radnim sporom, u smislu ovog zakona, smatra se spor povodom: otkaza ugovora o radu; radnog vremena; ostvarivanja prava na godišnji odmor; isplate zarade/plate, naknade zarade/plate i minimalne zarade u skladu sa zakonom; isplate naknade troškova za ishranu u toku rada, za dolazak i odlazak sa rada, regresa za korišćenje godišnjeg odmora i druge naknade troškova u skladu sa zakonom; isplate otpremnine pri odlasku u penziju, jubilarne nagrade i drugih primanja u skladu sa zakonom; diskriminacije i zlostavljanja na radu.

Kolektivnim radnim sporom u smislu ovog zakona, smatra se spor povodom: zaključivanja, izmena i /ili dopuna kolektivnog ugovora; primene kolektivnog ugovora u celini ili njegovih pojedinih odredaba; primene opšteg akta kojim se regulišu prava, obaveze i odgovornosti zaposlenih, poslodavca i sindikata; ostvarivanja prava na sindikalno organizovanje i delovanje i ostvarivanje prava na utvrđivanje reprezentativnosti sindikata kod poslodavca; štrajka; ostvarivanja prava na informisanje, konsultovanje i učešće zaposlenih u upravljanju, u skladu sa zakonom; utvrđivanja minimuma procesa rada, u skladu sa zakonom. Postupak mirnog rešavanja radnog spora pokreće se podnošenjem Predloga Agenciji, koji strane

¹¹ Godišnji izveštaj o radu sudova za 2021. godinu, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Publikacija%20srb_0.pdf.

¹² Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, 104/09 i 50/18.

u sporu mogu da podnesu zajednički ili pojedinačno. Predlog sadrži naročito: ime, prezime i adresu, odnosno naziv i sedište strana u sporu, predmet spora.

Uz predlog strane u sporu dostavljaju dokumentaciju u vezi sa predmetom spora, kao i imena svedoka, ako ih imaju.

Ako je predlog podnela jedna od strana u sporu, Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju drugoj strani u sporu i poziva je da se u roku od tri dana izjasni da li prihvata mirno rešavanje spora.

Miritelja, odnosno arbitra sporazumno određuju strane u sporu iz Imenika, u zajedničkom predlogu, odnosno u roku od tri dana od dana prihvatanja pojedinačnog predloga.

Ako strane u sporu sporazumno ne odrede miritelja, odnosno arbitra, određuje ga direktor Agencije.

Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju u vezi sa predmetom spora miritelju, odnosno arbitru koji je određen za rešavanje konkretnog spora.

Od 2005. godine do polovine 2022. godine, odnosno od osnivanja Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, podneto je preko 20.078 predloga za mirno rešavanje radnog spora. Broj pokrenutih postupaka pred Republičkom agencijom za mirno rešavanje radnih sporova se prosečno kreće oko 1000 pokrenutih postupaka, ali to varira, pa je tako 2019. godine broj bio čak 11 puta veći u odnosu na 2014. godinu kada se rešavalo oko 200 postupaka mirnim putem. Tako je u 2019. godini mirno rešavano 2300 radnih sporova što je i rekordan broj, u 2018. godini bilo je 957 postupka, a u 2017. godini mirno se rešavalo 1074 radna spora.¹³

Najčešći individualni radni sporovi su sporovi koji se odnose na neisplaćivanje minimalne zarade, zastupljeni su i sporovi koje se odnose na otkaz ugovora o radu i neisplate drugih naknada iz rada i po osnovu rada, kao i zlostavljanje i diskriminaciju na radu.

Najčešći kolektivni radni sporovi su sporovi koji se odnose na zaključenje kolektivnog ugovora i štrajk kod poslodavca, a zastupljeni su i sporovi nastali primenom Kolektivnog ugovora i povredom prava na sindikalno organizovanje i štrajka.

PREDNOSTI MIRNOG REŠAVANJA RADNIH SPOROVA

Brojni su društveni benefiti od mirnog rešavanja radnih sporova, kao što su: rasterećenje sudova; unapređenje socijalnog dijaloga; smanjenje broja štrajkova, poboljšana komunikacija sa socijalnim partnerima, saradnja sa sindikalnim organizacijama i udruženjima poslodavaca, efikasnost postupka, neformalnost

¹³ V. www.ramrrs.gov.rs.

i relaksiranost, jednostavnost, besplatnost, a posebno se ističe i ušteda sredstava koja se finansiraju iz budžeta, kojom se umanjuju troškovi postupka.

To možda najbolje ilustruje primer kolektivnog radnog spora koji se vodio između jedne jedinice lokalne samouprave i sindikata prosvetnih radnika, a vezano za isplatu troškova prevoza dogovorenih kolektivnim ugovorom. Sporna je bila naknada za 68 zaposlenih koji su odbili da koriste mesečne karte. Za svakog pojedinačno ta mesečna naknada iznosila je od 800 do 1200 dinara, a maksimalni iznosi po zaposlenom su se kretali do 4.500 dinara. Ukupna potraživanja od jedinice lokalne samouprave su za sporni period iznosila oko 1.125.000 dinara. Troškovi prvostepenih postupaka u ovim sporovima su bili oko 38.000 dinara po zaposlenom, što znači da bi ukupno za sve iznosili oko 2.584.000 dinara. Bilo je pokrenuto 22 prvostepena sudska postupka, a tri prvostepene presude donete su u korist zaposlenih, a na koje je uložena žalba jedinice lokalne samouprave. U drugom stepenu Apelacioni sud je doneo po žalbi prvu presudu u korist zaposlenih. Troškovi ovog postupka su iznosili 79.000 dinara, te ako bi svih 68 zaposlenih prošlo isti put do rešenja spora, može se pretpostaviti da bi ukupni troškovi izneli 5.372.000 dinara.

Međutim, strane u ovom sporu su pokrenule postupak pred Agencijom i za svega dve rasprave su došle do arbitražnih rešenja koja su ista kao i sudske presude, nisu imali nikakvih troškova, a troškovi naknade za arbitra su iznosili 30.000 dinara. Imajući u vidu da se radi o budžetskim sredstvima, ova ušteda je više nego opravdana.

Slična je i situacija u privatnom sektoru, tako da prilikom štrajka u jednom izvoznom gigantu pre par godina, medijski proračuni su bili da se dnevno gubi 4.400.000 evra. Početkom pregovora o mirnom rešavanju spora se uglavnom nastoji da se odmah normalizuje rad kako bi se redukovali gubitci i umanjila finansijska šteta jer je većina štrajkova u osnovi i vezana za materijalne sporove. Na osnovu navedenog, nije teško precizno izračunati uštedu koja se ostvari pristupanjem mirnim metodama rešavanja radnih sporova.

Od značajnih postupaka vođenih pred Agencijom u 2021. godini, navešćemo sledeće¹⁴: u kompaniji „Dijamant“ A.D. Zrenjanin postignuta je saglasnost da se kolektivni spor koji je vođen povodom zaključenja kolektivnog ugovora kod poslodavca reši mirnim putem; u „Tamiš Dunav“ d.o.o Pančevo potpisana je Preporuka o mirnom rešavanju kolektivnog radnog spora, u PPT „Petoletka“ Trstenik vođen je spor povodom zaključenja kolektivnog ugovora koji je okončan Preporukom miritelja, u JKP „Novosadska toplana“ potpisana je zajednička Preporuka o mirnom rešavanju kolektivnog radnog spora koji je vođen povodom ostvarivanja

¹⁴ V. www.ramrrs.gov.rs.

prava na utvrđivanje reprezentativnosti sindikata kod poslodavca; u Opštoj bolnici „Sremska Mitrovica“ u postupku koji je vođen povodom ostvarivanja prava na utvrđivanje reprezentativnosti sindikata kod poslodavca došlo se do zajedničke Preporuke o načinu rešavanja kolektivnog radnog spora; U Zavodu za hitnu medicinsku pomoć „Kragujevac“ vođen je kolektivni radni spor povodom utvrđivanja prava na reprezentativnost sindikata kod poslodavca koji je okončan Preporukom miritelja; U JKP „Infostan tehnologije“ Beograd rešen je kolektivni radni spor koji je vođen povodom ostvarivanja prava na sindikalno organizovanje i delovanje; Potpisivanjem Sporazuma o mirnom rešavanju kolektivnog radnog spora okončan je postupak u Opštoj bolnici „Sveti Luka“ u Smederevu koji je pokrenut oko primene Posebnog kolektivnog ugovora; U JKP „Novosadska toplana“ potpisana je zajednička Preporuka o načinu rešavanja kolektivnog radnog spora koji je vođen povodom ostvarivanja prava na sindikalno organizovanje i delovanje; u RMHK „Trepča“ iz Zvečana u postupku mirnog rešavanja kolektivnog radnog spora povodom ostvarivanja prava na sindikalno organizovanje i delovanje doneta je Preporuka miritelja; Preporukom miritelja okončan je kolektivni radni spor koji je pokrenut povodom ostvarivanja prava na utvrđivanje reprezentativnosti sindikata kod poslodavca u Specijalnoj bolnici za bolesti štitaste žlezde i bolesti metabolizma „Zlatibor“ (Čigota).¹⁵

PRIMENLJIVOST METODA MIRNOG REŠAVANJA RADNIH SPOROVA NA DRŽAVNE SLUŽBENIKE

Poseban izazov za dalji razvoj instituta mirnog rešavanja radnih sporova predstavlja mogućnost primene ovih metoda na državne službenike. I postojeća zakonska rešenja daju mogućnost državnim službenicima i posebno nameštenicima da se obraćaju Agenciji u pogledu rešavanja radnih sporova oko npr. godišnjih odmora ili zlostavljanja na radu.

Vlada Republike Srbije donela dva zaključka kojim preporučuje javnom sektoru, pa i državnim službenicima mirno rešavanje radnih sporova. Prvi je Zaključak 05 Broj: 116-8060/2015-02 od 29. 7. 2015. godine kojim preporučuje javnom sektoru da, u skladu sa zakonom, kolektivne i individualne radne sporove rešavaju pred Republičkom agencijom za mirno rešavanje radnih sporova. Drugi je Zaključak 05 Broj: 11-10175/2017-1 od 26. oktobra 2017. godine, kojim se preporučuje javnom sektoru da koristi mogućnost učešća miritelja u kolektivnom pregovaranju prilikom zaključivanja kolektivnih ugovora u skladu sa zakonom kojim se reguliše

¹⁵ V. www.ramrrs.gov.rs.

oblast mirnog rešavanja radnih sporova i da informišu svoje predstavnike u kolektivnom pregovaranju o mogućnosti unošenja klauzule u kolektivne ugovore, da radne sporove rešavaju u skladu sa zakonom kojim se reguliše oblast mirnog rešavanja radnih sporova.

Međutim, specifičnost je to što prema Zakonu o državnim službenicima: državni službenik ima pravo žalbe na rešenje kojim se odlučuje o njegovim pravima i dužnostima, ako žalba tim zakonom nije izričito isključena (član 16. stav 1); žalbene komisije odlučuju o žalbama državnih službenika na rešenja kojima se u upravnom postupku odlučuje o njihovim pravima i dužnostima; o žalbama državnih službenika iz organa državne uprave, službi Vlade i Republičkog javnog pravobranilaštva odlučuje Žalbena komisija Vlade (član 144. stav 1); upravni inspektor može žalbenim komisijama predložiti da po osnovu službenog nadzora ponište ili ukinu nezakonita konačna rešenja kojima je odlučeno o nekom pravu ili dužnosti državnog službenika (član 175. stav 3), s tim što o poništaju ili ukidanju nezakonitog konačnog rešenja kojima je odlučeno o nekom pravu ili dužnosti državnog službenika iz organa državne uprave, službi Vlade i Republičkog javnog pravobranilaštva odlučuje Žalbena komisija Vlade.

Dakle, prema formalnom osnovu koji proizlazi iz navedenih odredaba Žalbena komisija Vlade nadležna je da odlučuje o žalbama državnih službenika iz ministarstava, sa organima uprave u njihovom sastavu; posebne organizacije, službi Vlade, stručnih službi upravnih okruga (na koje se, saglasno članu 41. stav 4. Zakona o državnoj upravi — *Službeni glasnik*, br. 79/05 i 101/07, primenjuju propisi o državnoj upravi) i Republičkom javnom pravobranilaštvu.

Dakle, mirno rešenje spora je moguće tek ako državni službenik nije zadovoljan rešenjem Žalbene komisije, a pre sudskog postupka. Ipak, ograničena nadležnost Agencije, ali i specifičnosti važećeg Zakona o državnim službenicima ograničavaju taj prostor.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA, NEKE OD DILEMA I MOGUĆI ODGOVORI NA NJIH

Od donošenja Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova, jedna od ključnih dilema i primedaba stručne javnosti odnosila se na postupak arbitraže. Arbitraža je kritikovana zbog nedostatka dvostepenost arbitražnog odlučivanja, kao i mogućnost dvostepenog odlučivanja u arbitraži i postojanja prava na sudsko preispitivanje arbitražne odluke. Navedeno je bilo i predmet izjašnjavanja Ustavnog suda u postupku IU 15/2005 od 28.09.2006.godine. Ustavni sud je zauzeo stano- vište da dopuštenost žalbe na arbitražna rešenja nije u suprotnosti sa Ustavom,

budući da se odlučivanje arbitra ne može smatrati odlučivanjem državnog organa, niti organizacije koja vrši javna ovlašćenja već na odluci pojedinca koga su strane u sporu izabrale da spor reši na načelima dobrovoljnosti, tripartizma i nepristrasnosti.¹⁶

Potrebno je imati u vidu i teorijsko određenje arbitraže. Sam pojam arbitraže potiče od latinske reči *arbitrare* što znači doneti odluku. Strane zapravo dobrovoljno pristaju da treće neutralno lice donese odluku, a ne sud. Iako je postupak donošenja odluke od strane trećeg lica sličan sudskom, daleko je fleksibilniji i efikasniji od suda.¹⁷ Arbitraža je metod mirnog rešavanja sporova koji se sastoji u tome što strane u radnom sporu poveravaju, odnosno sporazumno ovlašćuju kao posrednika treće lice da rešava spor donošenjem arbitražne odluke. Arbitražni postupak, po pravilu uređuju stranke u sporu, mada može biti i propisan zakonom, ali tako da je manje formalan od sudskih postupaka i odluka arbitraže mora da ima pravno obavezujuću snagu i izjednačava se sa pravosnažnom sudskom odlukom i ima snagu izvršne isprave. Arbitra biraju zaposleni i poslodavac, a pravilo je da kada se radi o individualnim sporovima arbitar je po pravilu inokosan organ, a u praksi se javlja i arbitražno veće.¹⁸

Arbitraža je uređena Zakonom o arbitraži¹⁹ iz 2006. godine, kao jedan od alternativnih načina rešavanja sporova, koji reguliše arbitražne postupke na teritoriji Republike Srbije. Ovaj zakon je uredio arbitražno rešavanje sporova bez stranog elementa (unutrašnja arbitraža) i sporova sa stranim elementom (međunarodna arbitraža). Važna napomena kod ovog zakona je da on definiše i određuje da se arbitraža može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspoložu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost suda. Takođe, ograničen je broj razloga za poništaj arbitražne odluke u članu 58. Glava VIII Zakona o arbitraži se odnosi na poništaj arbitražne odluke (čl. 57. do 63), pa je članom 57. propisano da se tužba za poništaj može podneti samo protiv domaće arbitražne odluke, a domaća arbitražna odluka je odluka koja je doneta u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži u Republici, zatim članom 58. su propisani razlozi za poništaj arbitražne odluke, a članom 62. da stranke ne mogu unapred da se odreknu prava na tužbu za poništaj arbitražne odluke. Na osnovu svega navedenog, Vrhovni kasacioni sud je u presudi Rev2. 653/14 od 10. septembar 2015. godine zauzeo stav da arbitražno rešavanje sporova se zasniva na sporazumu stranaka,

¹⁶ http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/Sudska_Praksa/lat_2-2006.pdf.

¹⁷ Bojan Urdarević, Radoje Brković, „Radna arbitraža“, *Radno i socijalno pravo*, br. 4-6, Beograd, 2002, 55.

¹⁸ Branko Lubarda, *Uvod u radno pravo, sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 952.

¹⁹ Zakon o arbitraži, *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006.

međutim, stranke arbitražnog postupka imaju pravo na pravno sredstvo protiv arbitražne odluke u obimu i na način utvrđen zakonom. U smislu Zakona o arbitraži, kad je u pitanju domaća arbitražna odluka, to pravno sredstvo je tužba za poništaj arbitražne odluke pred državnim sudom, a s obzirom na član 7. tog zakona, sud sprovodi naknadnu i ograničenu kontrolu arbitražne odluke, jer se postupak sudske kontrole pokreće tužbom za poništaj pravosnažne domaće arbitražne odluke u roku propisanom zakonom, iz razloga propisanih zakonom, odnosno na način uređen navedenim zakonom. Po stanovištu Vrhovnog kasacionog suda, iz navedene odredbe člana 36. stav 4. Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova proizlazi da nema dvostepenog odlučivanja u arbitražnom postupku pred Agencijom, međutim, to ne znači da je isključeno pravo na sudsku zaštitu. To znači da nije isključena sudska kontrola arbitražne odluke koja je doneta u postupku pred arbitrom kod Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova na osnovu.

Treba imati u vidu da Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova nema nadležnost za sve radne sporove, već isključivo one individualne radne sporove koje je zakonodavac smatrao za podobne za arbitražno odlučivanje u smislu člana 3. Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova. Takođe, neophodna je saglasnost volja strana u sporu da se postupak vodi pred arbitrom, a one su unapred upoznate sa suštinom postupka. Dalje, kao glavnu prednost vođenja ovog postupka je brzina i efikasnost, a nasuprot sudskim postupcima. Ukoliko bi se omogućilo odustajanje od postupka nakon prve rasprave, obesmislele bi se sve prednosti ovog postupka, a i onda to više ne bi bila arbitraža po prirodi definicije ovog postupka, već posredovanje. Dvostepenost arbitražnog postupka bi u suštini takođe bila suprotna suštini arbitražnog postupka i onim što je i međunarodna praksa kod arbitraža, jer to je u teoriji jednostepeni postupak. Takođe, mogućnost drugog stepena bi po pravilu uvek i vodila njegovom korišćenju od one strane koja nije zadovoljna ishodom postupka, što bi onda u velikoj meri uticalo na gubitak brzine i efikasnosti koje ovaj postupak nudi. Opet, treba imati u vidu da se radi o vrlo ograničenoj nadležnosti i mogućim sporovima koji se rešavaju na ovaj način.

Jedna od teza je da Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova sa prosečno oko hiljadu postupaka godišnje koje rešava, naspram više desetina hiljada sporova pred sudovima, nije uspela da se nametne kao adekvatna alternativa sudovima. Međutim, treba imati u vidu da ona nije ni osnovana da bi bila alternativa sudovima, već da ponudi mogućnost alternativnog rešavanja radnih sporova zaposlenima u našoj zemlji. Takođe, razloge za disproporciju u broju postupaka pred Agencijom i sudovima treba tražiti i u činjenici da je nadležnost Agencije ograničena, da nije opšta za razliku od sudova. Za pretpostaviti je da veliki broj sudskih radnih sporova zapravo i nije iz nadležnosti Agencije te i nije moguće ni porediti.

Poseban problem predstavlja činjenica da nema dubljih analiza o predmetima radnih sporova pred sudovima, te to predstavlja poseban izazov za dalja istraživanja u oblasti pravne nauke. I možda i najvažniji razlog leži u činjenici da advokati u radnim sporovima često zastupaju zaposlene bez nagrade, već rade za naknadu po dobijenom sporu, sudske troškove, a to obeshrabruje zaposlene da pokušaju da mirno reše spor nakon višegodišnjih parnica i brojnih rasprava koje bi morali da naknade advokatima u slučaju odustajanja od sudskog postupka.

Ipak, iskustva Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova kao i praksa miritelja i arbitara je najbogatija i najrazvijenija u regionu. To je dokazano i u okviru Regionalne mreže agencija za mirno rešavanje radnih sporova u organizaciji Međunarodne organizacije rada, u koju su uključeni predstavnici agencija i tela za mirno rešavanje radnih sporova iz regiona i to: Agencije za mirno rešavanje radnih sporova Crne Gore, Agencije za mirno rešavanje radnih sporova Republike Srpske (Bosna i Hercegovina), Nacionalnog instituta za mirenje i arbitražu (Burgarska), Direkcije za socijalni dijalog (Rumunija), Udruženja profesionalnih medijatora i arbitara u radnim sporovima (Republika Severna Makedonija) i miritelji i arbitri iz Albanije. Republika Srbija u odnosu na sve ove države ima zavidnu praksu i najčešće korišćene mehanizme za alternativno rešavanje radnih sporova.

Međutim, na daljem razvoju i promociji pravnog instituta mirnog rešavanja radnih sporova treba i dalje puno raditi.

Dr. IVICA LAZOVIĆ
Director, Republic Agency for
Peaceful Settlement of Labor Disputes
Republic of Serbia

PEACEFUL RESOLUTION AS AN ALTERNATIVE TO COURT SETTLEMENT OF LABOR DISPUTES

Summary

In this paper, we will deal with the challenges of peaceful settlement of labor disputes, as an alternative to judicial settlement of labor disputes in the Republic of Serbia. Starting from the definition of labor disputes, dividing them into collective and individual, we also deal with ways to solve them in our legislation. Special attention is paid to the judicial resolution of labor disputes, how it is organized and the problems that arise in that area. The paper emphasizes the practice of peaceful settlement of labor disputes in an institutionalized manner and analyzes the challenges faced by theory and legal practice in this area, as well as the most common problems in the settlement of labor disputes. An overview of key developments in the field of peaceful settlement of labor disputes in the Republic of Serbia

is also made. The paper also presents current statistical data regarding the number of disputes that are resolved peacefully and the number of consents obtained in this way of alternative dispute resolution. The possibility of expanding the jurisdiction from the general work regime to special - civil servants, is also analyzed. Some of the benefits of these procedures, as opposed to judicial settlement of labor disputes, are also presented.

Key words: labor disputes, conciliation, arbitration, court

Literatura

Baltić A., Despotović M., *Osnovi radnog prava Jugoslavije, sistem samoupravnih međusobnih radnih odosa i osnovnih problema sociologije rada*, Beograd, 1978.

Baltić A., *Osnovi radnog prava FNRJ, priručnik za studente prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1955.

Brajić V., *Radno pravo, radni odnosi, drugi odnosi rada i socijalno osiguranje*, Savremena administracija, Beograd, 2001.

Jovanović P., *Radno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2000.

Lubarda B., *Uvod u radno pravo, sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.

Paravina D., „Radni spor u jugoslovenskom i uporednom pravu“, *Pravni život*, III tom, Beograd, 1995.

Šunderić B., „O radnom sporu“, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 1-3/91, Beograd, 1991.

Urdarević B., Brković R., „Radna arbitraža“, *Radno i socijalno pravo*, br. 4-6, Beograd, 2002.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST – II tom

COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNEES – Vol. II

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

1a. Opšta pitanja/Kodifikacije

General questions/Codification

Motivi i razlozi oblikovanja pojedinih građanskopravnih instituta/ustanova

Motives and reasons for the formation of individual civil law institutes

– prof. dr Branko Morait, redovni profesor Pravnog fakulteta

Univerziteta u Banjaluci i sudija Suda BiH u penziji 5

Proceduralna sredstva za zaštitu prava učesnika pomorskog poduhvata
u rimskom pravu

Procedural means for the protection of the rights of the participants
of a maritime enterprise in roman law

– prof. dr Marija Ignjatović, redovni profesor Pravnog fakulteta

Univerziteta u Nišu 17

1b. Svojina i druga stvarna prava

Ownership and Other Property Rights

Koncept i predmet etažne svojine u srpskom, slovenačkom
i hrvatskom pravu

The concept and the subject of condominium in Serbian, Slovenian
and Croatian law

– prof. dr Nina Planojević, redovni profesor Pravnog fakulteta

Univerziteta u Kragujevcu 31

Stvarnopravna sredstva obezbeđenja potraživanja u makedonskom pravu
Real securities for securing claims in the Macedonian law

- *prof. dr Rodna Živkowska*, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija; *prof. dr Tina Pržeska*, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija 49

Prestanak prava zadržavanja

Termination of right of retaining possession

- *dr Aleksandra Pavićević*, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu 65

1c. Svojina i nasleđe

Ownership and Inheritance

Naslednopravni položaj vanbračnih partnera u savremenim zakonodavstvima

The inheritance of non-marital partners in the contemporary legal systems

- *prof. dr Dejan Mickovik*, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija; *prof. dr Angel Ristov*, redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija 85

Ugovor o odricanju od budućeg nasleđstva

Contract on waiving future inheritance

- *dr Tamara Đurđić Milošević*, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu 101

Regulativa posthumne oplodnje sa osvrtom na njena naslednopravna dejstva

The regulation of posthumous reproduction with reference on its hereditary legal effects

- *Emilija Kostić*, master pravnik, saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu 115

1d. Ugovor i odgovornost za štetu

Contract and Liability for Damage

Nesaglasnost volje i izjave volje u javnobeležničkom postupku,

sa posebnim osvrtom na prividni ugovor i prevaru

Disagreement of will and statement of will in notary procedure, with special reference to apparent contract and fraud

- *Gordana Jovanović*, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, javni beležnik iz Beograda 131

Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima u praksi Suda pravde Evropske unije Unfair provisions in consumer contracts in the practice of the Court of Justice of the European Union	
– <i>prof. dr Dragan Vujsić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu; <i>dr Milan Rapajić</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu	149
Contract law and new technologies: the example of smart contracts Obligaciono pravo i moderne tehnologije: primer pametnih ugovora	
– <i>dr. Mateja Durović</i> , vanredni profesor, King’s College London	193

2. Porezi

Taxes

Jednakost fizičkih lica - obveznika poreza na nepokretnosti pred zakonom u ustavnosudskoj praksi Srbije Equality of individuals - taxpayers of real estate tax before the law in jurisprudence of the Constitutional Court of Serbia	
– <i>prof. dr Gordana Ilić Popov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	215
Oporezivanje u miljeu digitalnotehnoških novina Taxing in the milieu of digital technology innovations	
– <i>prof. dr Marina Dimitrijević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu	229
Otvorena pitanja u postupku utvrđivanja statusa poreskog garanta u slučaju zloupotrebe prava u makedonskom pravnom sistemu - analiza prakse Upravnog suda Republike Severna Makedonija Open issues in the process of defining the status of tax guarantor in case of abuse of tax law in the Macedonian legal system – analyses of cases of the Administrative Court of the Republic of North Macedonia	
– <i>prof. dr Sejdefa Džafče</i> , redovni profesor i dekan Fakulteta pravnih i političkih nauka, AUE-FON Univerziteta Skoplje, Severna Makedonija	245
Oporezivanje nerazmjera između stečene imovine i dokazanih izvora za njezino stjecanje u hrvatskom pravu: normativni okvir i problem tereta dokazivanja Taxation of the disproportion between assets and reported under Croatian personal income tax: normative framework and the issue of burden of proof	
– <i>dr Stjepan Gadžo</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Rijeci	259

Razvrstavanje nepokretnosti za potrebe utvrđivanja osnovice poreza na imovinu u Republici Srbiji Classification of real estate for the purpose of determination of the taxable base of the property tax in the Republic of Serbia – <i>dr Cvjetana Cvjetković Ivetić</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu	281
Pravičnost u poreskim stvarima Justice in tax matters – <i>dr Đorđe Marilović</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu	299
Vremensko važenje poreskog krivičnog zakonodavstva Temporal validity of tax criminal legislation – <i>dr Minja Đokić</i> , samostalni poreski savetnik i advokat	313
E-fakturisanje u Srbiji: kratak osvrt na značaj, uvođenje i primenu sa poreskopopravnog aspekta E-invoicing in Serbia: a brief overview of the significance, introduction and implementation from the aspect of fiscal law – <i>Vojislav Bačanić</i> , asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu	325
Princip zabrane zloupotrebe prava kao sredstvo interpretacije zakonskog načela fakticiteta u srpskom poreskom zakonodavstvu The prohibition of abuse of law as a tool of interpretation of the substance over form legal principle in the domestic tax law – <i>Miloš Vasović</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	343
3. Privredna društva <i>Commercial Companies</i>	
Namirenje stečajnih poverilaca u bankrotstvu Settlement of bankruptcy creditors in bankruptcy – <i>Jasminka Obučina</i> , predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu	361
Povlačenje predloga za otvaranje stečajnog postupka Withdrawing the petition for bankruptcy – <i>dr Marko Radović</i> , sudija Privrednog suda u Beogradu	375

4. Osiguranje

Insurance

Obavezno osiguranje od autoodgovornosti električnih trotineta
kao preduslov zaštite trećih lica

Compulsory motor liability insurance for electric scooters
as a prerequisite of protection of third parties

– *dr Mirjana Glintić*, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo
u Beogradu 385

Garantni fond i namerno prouzrokovana šteta

Guarantee fund and damage caused on purpose

– *dr Miloš Radovanović*, naučni saradnik Instituta za
uporedno pravo u Beogradu, Regionalni kontrolor naplate
u Scania Leasing RS d. o. o. 401

Internet of things and insurance sector

Internet stvari (iot) i sektor osiguranja

– *dr Katica Tomic*, advokatska kancelarija BVM 415

Regulativa o zaštiti podataka o ličnosti kao mehanizam zaštite
potrošača usluga osiguranja

Regulation on the personal data protection as a mechanism
for the protection of insurance companies consumers

– *Iva Tošić*, istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo,
Beograd; *Jovana Misailović*, istraživač saradnik u Institutu
za uporedno pravo, Beograd 431

Pravno-organizacioni aspekti zaštite podataka o ličnosti
u osiguranju sa osvrtom na prava lica na koje se podaci
o ličnosti odnose

Legal and organizational aspects of personal data protection
in insurance with reference to the rights of persons to whom
the personal data relates

– *Sarita Olević*, menadžer i zamenik lica za zaštitu podataka
u kompaniji „Dunav osiguranje“ a.d.o. 445

5. Međunarodni privredni ugovori/Arbitraža

International Commercial Contracts/Arbitration

Značaj bankarske garancije u domaćim i međunarodnim
privrednim tokovima

The importance of bank guarantee in domestic and international
economic flows

- *akademik prof. dr Vitomir Popović*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Banjoj Luci; *Nataša Savković*, master pravnik,
šef Sektora za pravne poslove u Fondu za zaštitu životne sredine
i energetske efikasnost Republike Srpske, Banja Luka 461

Sporna pitanja izvršenja stranih sudskih odluka

Contested issues of the enforcement of foreign judgments

- *prof. dr Dijana Marković-Bajalović*, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu 477

Harmonizacija nacionalnog konkurencijskog prava

sa unitarnim pravom konkurencije

The harmonization of national competition law to EU law on competition

- *prof. dr Stefan Šokinjov*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu 497

Primjena umjetne inteligencije u arbitraži i parničnom postupku

Application of artificial intelligence to arbitration and civil procedure

- *dr Tin Matić*, advokat, Odvjetničko društvo Tin Matić
i partneri d.o.o. Zagreb; *Tina Matić*, magistar prava,
asistent, Visoko učilište „Effectus“ Zagreb 511

Ugovaranje primene dobrih poslovnih običaja u oblasti istraživanja

i proizvodnje nafte i prirodnog gasa u Republici Srbiji

Contracting the application of good oilfield practices

in the upstream sector in the Republic of Serbia

- *Miloš Kuzman*, viši savetnik za pravo istraživanja i proizvodnje
nafte i gasa, NIS a. d. Novi Sad, potpredsednik Udruženja za pravo
energetike Srbije 535

Osnovni oblici udruživanja izvođača u međunarodnoj praksi građenja

Basic forms of association between contractors

in international construction practice

- *Bojan Grujić*, doktorand na Pravnom fakultetu
Univerziteta u Beogradu i pravni savetnik za ugovaranje
u Energoprojekt Holding a.d. Beograd 551

Digital principles – new standards for digital solutions	
Digitalni principi – novi standardi za digitalna rešenja	
– <i>dr Thomas Meyer</i> , direktor programa „Dobra uprava u Ukrajini“ GLZ, Savezno ministarstvo za ekonomsku saradnu i razvoj Nemačke	575

6. Radni odnosi

Labour Relations

Pojam radne prakse i pravni položaj praktikanata	
– važnija radnopravna pitanja	
Traineeship and the legal position of trainees	
– the important labour law issues	
– <i>prof. dr Ljubinka Kovačević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	585

Konvencija br. 190 Međunarodne organizacije rada naspram makedonskog pravnog okvira za zaštitu od nasilja i uznemiravanja na radu	
Ilo convention no. 190 versus the Macedonian legal framework for protection against violence and harassment at work	
– <i>prof. dr Todor Kalamatiev</i> , redovni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija; <i>dr Aleksandar Ristovski</i> , vanredni profesor Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Severna Makedonija	635

Krivični i radnopravni aspekti pronevere stvari poverenih u službi ili na radu	
Criminal and labor law aspects of embezzlement of movable property entrusted in service or at work	
– <i>prof. dr Igor Vuković</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	657

Odlučivanje u sporovima povodom preobražaja rada van radnog odnosa u standardni radni odnos u sudskoj praksi domaćih sudova	
Decision-making in disputes concerning the transformation of work outside the employment relationship into a standard employment relationship in the judicial practice of domestic courts	
– <i>dr Bojan Božović</i> , sudija Višeg suda u Novom Sadu; <i>dr Filip Bojić</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	675

Problem određivanja odgovornosti za potraživanja zaposlenih dospela pre promene poslodavca u domaćem pravu The issue of determining liability for employee receivables due before the change of employer in domestic law – <i>dr Marija Dragičević</i> , docent, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu	691
Mirno rešavanje kao alternativa sudskom rešavanju radnih sporova Peaceful resolution as an alternative to court settlement of labor disputes – <i>dr Ivica Lazović</i> , direktor Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova	711

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.233(082)

347.9(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (35 ; 2022 ; Копаоник)

Sudski postupak – pravda i pravičnost : zbornik radova 35. susreta Копаонишке школе природног права - Slobodan Perović, Копаоник, 13. – 17. decembar 2022 : međunarodna naučna konferencija. Tom 2 = Court proceedings – justice and fairness : collection of papers from the 35th Meeting of Копаоник school of natural law - Slobodan Perović, Копаоник, 13 - 17 December 2022 : international scientific conference. Vol. 2 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Копаониčka школа природног права - Slobodan Perović, 2022 (Novi Sad : Futura). - 732 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries ; Rezimeji.

ISBN 978-86-81956-13-7

ISBN 978-86-81956-11-3 (za izdavačku celinu)

а) Судски поступак -- Зборници б) Право на имовину -- Зборници

COBISS.SR-ID 80121865



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici